

## **PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen**

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/148559>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-07 and may be subject to change.

2113  
DE OPENBARE WEG  
EN HET PRIVAATRECHT

H.P.J.A.M. HENNEKENS







*Promotor: Prof. mr. W. C. L. van der Grinten*

# DE OPENBARE WEG EN HET PRIVAATRECHT

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR IN DE RECHTSGELEERDHEID  
AAN DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT TE NIJMEGEN  
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS PROF. DR. A. J. H. VENDRIK  
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN  
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN  
OP 23 SEPTEMBER 1977, DES MIDDAGS TE 4.00 UUR

DOOR

HUBERT PHILOMINE JEAN ANTOINE MARIE  
HENNEKENS

GEBOREN TE KERKRADE

W. E. J. TJEENK WILLINK – ZWOLLE



# inhoudsopgave

Lijst van afkortingen	VII
<i>Inleiding</i>	1
<i>I. De openbare weg</i>	
Par. 1 Het begrip weg	4
Par. 2 Openbaarheid	5
Ontstaan	5
Inhoud	6
Civielrechtelijk	12
Tenietgaan	17
Par. 3 De belangrijkste wettelijke bepalingen	17
<i>II. Eigendom van openbare wegen</i>	
Par. 1 Inleiding	19
Par. 2 De eigenaar van de openbare weg en het wegenverkeersrecht	19
Par. 3 De eigenaar en de beheerder van de openbare weg	20
Par. 4 De eigenaar en de gebruiker van de openbare weg	30
Recht van gebruik of recht op gebruik	31
Betekenis van de aanspraak op algemeen of normaal gebruik	37
Bijzonder gebruik van de openbare weg	43
a. Bijzonder gebruik van de openbare weg dat nodig is ten behoeve van het algemeen gebruik	44
b. Bijzonder gebruik dat samenhangt met de functie van de openbare weg	47
c. Het betreden van de openbare weg van terzijde	62
Par. 5 Eigendom van de openbare weg bij overheid en particulier	68
Par. 6 Verjaring van eigendom van de openbare weg	72
<i>III. De openbare weg in het burennrecht</i>	78
Par. 1 Inleiding	78
Par. 2 Het begrip erf	78
Par. 3 Burenrechtelijke bepalingen in relatie tot de openbare weg	80
Par. 4 De openbare weg in de loop der tijden een burennrechtelijk erf?	82

Par. 5	Voorbeelden uit de praktijk	89
Par. 6	Slot	91
<i>IV.</i>	<i>Beperkte zakelijke rechten op openbare wegen</i>	
Par. 1	Inleiding	92
Par. 2	Beperkte zakelijke rechten betreffende het algemeen gebruik	93
Par. 3	Beperkte zakelijke rechten van bijzonder gebruik van de openbare weg dat nodig is ten behoeve van het algemeen gebruik	98
Par. 4	Andere beperkte zakelijke rechten van bijzonder gebruik van de openbare weg	100
Par. 5	Het servituut van uitweg naar de openbare weg	101
<i>V.</i>	<i>Aansprakelijkheid voor schade tengevolge van de toestand van de openbare weg</i>	
Par. 1	Inleiding	104
Par. 2	De aansprakelijke persoon	106
Par. 3	De grondslag van de aansprakelijkheid	112
Par. 4	Nieuwe ontwikkelingen voor het komende recht	123
	<i>Noten</i>	127
	<i>Samenvatting</i>	149
	<i>Résumé</i>	156
	Literatuurlijst	163
	Jurisprudentieregister	169
	Zakenregister	172
	Curriculum vitae	180

# lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	Administratieve en Rechterlijke Beslissingen vanaf 1 januari 1971: Administratiefrechtelijke Beslissingen
Ac. prft.	Academisch proefschrift
APV	Algemene Politieverordening
A.w.	Aangehaald werk
BNB	Beslissingen in Belastingzaken — Nederlandse Belastingrechtspraak
BW	Burgerlijk Wetboek
B en W	Burgemeester en Wethouders
C.c.	Code civil
D	Digesten
Diss.	Dissertatie
Gs.	De Gemeentestem
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
OB	Officiële Bekendmakingen der Vereniging van Nederlandse Gemeenten
OBW	Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, zoals dit is opgesteld ingevolge opdracht verleend bij K.B. van 25 april 1947, no. 20, door E.M. Meijers en later, ingevolge op- dracht van de Minister van Justitie, door anderen
O Nieuw BW	Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, zoals dit door de Regering aan de Tweede Kamer is aangeboden danwel na behandeling gewijzigd is. Een en ander naar de situatie per 1 maart 1977.
O.c.	Opere citato
RM	Rechtsgeleerd Magazijn
RVV	Reglement verkeersregels en verkeerstekens
Stb.	Staatsblad
TvO	Tijdschrift voor Overheidsadministratie vanaf 1 januari 1975: Tijdschrift voor Openbaar bestuur
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
VR	Verkeersrecht
VV	Voorlopig Verslag

W	Weekblad van het Recht
W.Burg.Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
WGB	Weekblad voor Gemeentebelangen
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie vanaf 1 januari 1975:
	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvSr	Wetboek van Strafrecht
WvSv	Wetboek van Strafvordering
WVR	Wegenverkeersreglement
WVW	Wegenverkeerswet
WW	Wegenwet

# inleiding

De belangstelling voor de openbare weg neemt in Nederland toe. Het gebeuren op straat ontgaat niemand; iedereen is bij de weg betrokken. Werd van oudsher in voornamelijk technisch georiënteerde disciplines aandacht besteed aan de weg, de laatste jaren maakt ook in verschillende maatschappijen en gedragswetenschappen de openbare weg punt van onderzoek uit. Onlangs promoveerde de psycholoog H. Schellekens op 'De straat'<sup>1</sup>. Hij toont aan, dat er een duidelijke relatie bestaat tussen het uiterlijk van een omgeving en de waardering van de mens daarvoor. Naast het besef dat de straat door maat, vorm, ligging in het landschap, aankleding en omgeving haar invloed op de mens doet gelden, werd het verlangen sterk de straat weer voor velerlei doeleinden te gebruiken. 'De straat hoort alleman', schreef De Goede<sup>2</sup>, erop wijzende dat zij voor uiteenlopende activiteiten aangewend kan worden. Op straat speelt zich, althans kan zich een belangrijk deel van het gemeenschapsleven afspelen. Optochten, demonstraties, wedstrijden, braderies, kermissen, terrassen kunnen er vaak niet zonder. De speelstraat deed haar intrede, voetgangersdomeinen werden aangelegd, winkelstraten kregen luifels en passages herleefden. Bij Koninklijk Besluit van 27 augustus 1976 werd het begrip 'woonerf' geïntroduceerd in het Reglement verkeersregels en verkeerstekens.<sup>3</sup> Het recht reageert op maatschappelijke ontwikkelingen. Deze waren voor mij eveneens aanleiding tot de keuze van dit onderwerp. Getracht is aan te geven hoe binnen het huidige recht deze ontwikkelingen een plaats kunnen vinden.

Een tweede reden kwam voort uit de vele rechtsvragen, welke zich in de praktijk aandienen. Reeds vanaf den beginne van mijn werkzaamheden in de gemeente-administratie werd ik geconfronteerd met juridische vragen betreffende de openbare weg. Om er enkele te noemen. Kan een gemeente op grond van eigendom van een openbare weg aan een aangrenzende uitweg weigeren op die weg? Mag zij aan een te verlenen toestemming als voorwaarde verbinden het betalen van een geldsom? Kan een gemeente als eigenares van een openbare weg een gedeelte daarvan verhuren voor het vestigen van een benzinepomp? Kan zij ook gedeelten van die weg verhuren voor het parkeren van auto's, bijvoorbeeld aan artsen, minder- en invaliden? Kan het afsluiten van een weg voor het houden van een wielervedstrijd, een kermis of braderie onrechtmatig zijn jegens hem die de weg als gewone verkeersdeelnemer wenst te gebruiken? Mogen bomen binnen twee meter van iemands erf op de openbare weg geplant worden? Of omgekeerd? Is het mogelijk aan degene die met zware transporten het wegdek kapot dreigt te rijden de verplichting op te leggen tot betaling van de herstelkosten? Op zichzelf verschaffen deze enkele vragen reeds heel wat stof voor beschouwingen in pu-



blik- en privaatrecht. Zij hebben dat ook gedaan, maar de behandeling ervan was te hooi en te gras en daarom weinig afgerond en niet systematisch. De uitkomsten ervan waren vaak tegenstrijdig. De Hoge Raad kreeg in de zestiger jaren een aantal civielrechtelijke vragen betreffende de openbare weg te beantwoorden, dat groter was dan ooit in een decennium tevoren. In chronologische volgorde kwamen aan de orde het Gorsselse-bomenarrest<sup>4</sup> over een burenrrechtelijke vraag; het arrest Hoogeloon, Hapert, Casteren<sup>5</sup>, waarin een vraag naar de eigenaarsbevoegdheden op de openbare weg; het arrest Hinken-Berends contra de provincie Overijssel<sup>6</sup> inzake het vestigen van een erfdienstbaarheid op de openbare weg en het arrest Eindhoven-Staals<sup>7</sup> omtrent het verhuren van een gedeelte van de openbare weg. Dit mag een duidelijke aanwijzing genoemd worden voor het feit, dat in juridische zin aan de openbare weg getimmerd werd.

De openbare weg was bovendien daarom uitgangspunt voor dit geschrift, omdat hij een uitermate geschikt ontmoetingsterrein is voor publiek- en privaatrecht. Hij ligt op een van de belangrijkste kruispunten van deze twee rechtscomplexen. Enerzijds maakt de openbare weg deel uit van het publiekrecht. Hij heeft een afzonderlijke wettelijke regeling gekregen in de Wegenwet. Deze behoort tot het waterstaatsrecht en is dus onderdeel van het publiekrecht. Anderzijds is de openbare weg een ten publieke dienste bestemde zaak. Op deze zaken is het privaatrecht in beginsel van toepassing. Het wekt bevreemding dat voor zulk een belangrijke zaak als de openbare weg nog geen integrale civielrechtelijke beschouwing tot stand kwam. Niet, dat over de openbare weg niet gepubliceerd werd, maar de relatie die in de geschriften — meestal handelende over de Wegenwet of het wegenrecht — gelegd werd met het civiele recht was betrekkelijk gering. Bovendien zijn de meeste geschriften waarin die verhouding ter sprake kwam van oudere datum. Over het publiek domein zagen enkele min of meer uitvoerige publicaties het licht, waarvan met name Vegtings historisch onderzoek 'Publiek domein en zaken buiten den handel'<sup>8</sup> genoemd mag worden. Zijn beschouwingen zijn van meer algemeen theoretische aard zonder voldoende oplossing te geven voor de zich ten aanzien van de openbare weg in concreto voordoende vragen. Trouwens, ook de verhandelingen over het publiek domein zijn de nodige decennia oud.

Deze studie is beperkt tot een beschrijving van de plaats van de openbare weg in het huidige recht met als referentiekader het privaatrecht. Vandaar dat nagegaan werd wat de eigenaar van een openbare weg vermag en wat de positie is van de verschillende gebruikers ten aanzien van de weg en ten opzichte van de eigenaar van die weg. Verkrijging van eigendom van een openbare weg door verjaring en vestiging van beperkte zakelijke rechten op de openbare weg vonden bespreking. De positie van de openbare weg in het burenrrecht en aansprakelijkheid voor schade tengevolge van de toestand van de weg kwamen aan de orde. Bij dit onderzoek bleken steeds weer publiekrechtelijke figuren aan de dag te treden. De beheerder van de weg vroeg ruime aandacht, de relatie van de weg tot het verkeersrecht, de persoon van de onderhoudsplichtige. De onderlinge verhouding tussen hen die ingevolge het publiek — en hen die op grond van het privaatrecht met de openbare weg van doen hebben, verdiende daardoor nadere beschouwing. Geleidelijk tekende zich het beeld af van het terrein waar en de mate waarin de een en de

ander danwel de een òf de ander het op de openbare weg voor het zeggen heeft. De lacunes werden tevens bloot gelegd. De rechtsvragen kregen beantwoording in het geheel van het beeld, ieder op haar eigen plaats. Aldus kon een bijdrage geleverd worden aan het meer algemene leerstuk van het publiek domein, met name voor die ten publieke dienste bestemde zaken welke ten gebuike zijn van het publiek. De gevonden resultaten zouden van dienst kunnen zijn bij de oplossing van rechtsvragen omtrent andere onder die categorie vallende zaken, waarbij in het bijzonder te denken valt aan de openbare vaarwateren met uitzondering van de zeeën.

Terzijde zijn gelaten vragen welke meer in een publiekrechtelijk kader een plaats dienen te vinden. Zo is niet nagegaan of het juist is dat andere dan overheidslichamen eigenaar van openbare wegen kunnen zijn. Evenmin is onderzocht de juistheid van de toepassing van privaatrecht bij publiekrechtelijke belangenbehartiging en het naast ofwel in plaats van elkaar aanwenden van publiek- en privaatrechtelijke bevoegdheden ten opzichte van de openbare weg. Ook een beschouwing over deze weg als ander object van overheidszorg dan ten behoeve van verkeersdoeleinden kon dientengevolge achterwege blijven. Daarom kregen geen aandacht de aan vergunningen en ontheffingen te stellen criteria voor het verrichten van activiteiten op, aan, in of in verbinding met de weg. En zovele vragen meer.

Beperking dus ook hier. Het gepresenteerde beoogt niet méér dan een bijdrage te leveren aan de discussie omtrent een onderwerp, dat zeer velen in praktijk en theorie bezig houdt en bezig zal blijven houden.

# de openbare weg

## Par 1 Het begrip weg

Een eenduidig begrip weg bestaat in ons recht niet <sup>1</sup> Is de wetgever tot een omschrijving gekomen, dan is deze in de ene wet vaak afwijkend van die in een andere <sup>2</sup> Bij gebreke van enige omschrijving tracht de rechter in voorkomende gevallen de inhoud vast te stellen <sup>3</sup> De lappendeken wordt nog bonter doordat sommige wetten zich ertoe beperken aan te geven wat mede onder weg dient te worden verstaan Van deze laatste methodiek bedient zich de Wegenwet in artikel 1 In 'Een kritische beschouwing van de Wegenwet' stelt Damen<sup>4</sup>, dat deze wet onder wegen verstaat, 'wat daaronder in het taalgebruik wordt begrepen, namelijk verkeersbanen te land' <sup>5</sup> In dit geschrift kan van deze omschrijving worden uitgegaan, mits men twee zaken in het oog houdt

Vooreerst, dat weg en grond één zijn, de uitdrukking dat een weg over iemands grond loopt<sup>6</sup> doet wel anders vermoeden Scheiding is onjuist, zowel feitelijk<sup>7</sup> als juridisch<sup>8</sup> Al werd wel eens door de rechter een last of een zakelijk recht van openbare weg aangenomen (resp H R 18 april 1902, W 7756 en H R 28 november 1913, N J 1913, 1313, W 9574 m.n E M M ), momenteel wordt deze visie door niemand meer aangehangen De uitdrukking dat een weg met het 'onus publicum' van openbaarheid belast is, spreekt — ook al vanwege de onduidelijkheid van die term — niet aan De Hoge Raad onderscheidde vroeger wel tussen het zakelijk recht van openbare weg en het 'onus publicum' van openbare weg <sup>9</sup> Kamerlingh Onnes gaf er in zijn dissertatie de voorkeur aan de overheid, indien zij geen eigenaresse van de openbare weg was, te zien als zakelijk gerechtigde op de particuliere grond <sup>10</sup> Hij zet zijn visie betreffende het zakelijk recht van openbare weg in hoofdstuk III <sup>11</sup> nader uiteen Met de term zakelijk recht van openbare weg drukt hij uit 1. de bevoegdheid om eens anders grond door eenieder als verkeersweg te doen gebruiken, 2 dat een publiekrechtelijk lichaam subject van dit recht is <sup>12</sup>

Vervolgens valt er op te wijzen, dat spoor- en tramwegen ook verkeersbanen te land zijn Deze blijven hier buiten beschouwing De wetgever heeft daarvoor aparte regelingen getroffen <sup>13</sup>

Nog een opmerking Het begrip te land moet men niet te eng zien De technische ontwikkeling stelt ons in staat ook wel eens de grond in te gaan (tunnels) of daarboven uit te gaan (viaducten en wegen op een verhoogd niveau), soms gaat een weg over een water heen (bruggen zijn ook wegen)<sup>14</sup>

Tot slot nog dit In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer bij het Gewijzigd Ontwerp van Wet tot vaststelling van voorschriften omtrent openbare wegen — de Wegenwet — wordt informatie gegeven over de positie van wegbermen en bermsloten

'Voor een deel blijkt uit verschillende bepalingen van het ontwerp, wat tot den weg behoort Zoo volgt daaruit bijvoorbeeld, dat wegbermen en bermsloten gerekend worden tot den weg te behooren Men zie artikel 14, tweede, derde en vierde lid, en artikel 15, derde lid, waar dit uitdrukkelijk tot uiting wordt gebracht Het noemen "naast" de wegen wil dan niet zeggen, dat die terreinstrooken niet tot de wegen behooren, maar dat ten opzichte van deze tot den weg behorende gedeelten bijzondere bepalingen moesten gelden'<sup>15</sup>

## *Par 2 Openbaarheid<sup>1</sup>*

### ONTSTAAN

De wijze waarop een weg openbaar wordt heeft Damen in voormeld boek<sup>2</sup> voldoende toegelicht Er dient onderscheiden te worden tussen ontstaansgronden vóór en na de inwerkingtreding van de Wegenwet op 1 oktober 1932 Sinds deze datum is een weg openbaar tengevolge van tijdsverloop, bestemming door de rechthebbende tot openbare weg – deze bestemming kan slechts worden gegeven met medewerking van de raad der gemeente waarin de weg is gelegen<sup>3</sup> – en krachtens het voorkomen op de legger<sup>4</sup> Inzake tijdsverloop kent de wet twee termijnen Een termijn van dertig jaren ingeval van toegankelijkheid<sup>5</sup> voor eenieder en een termijn van tien jaren indien behalve de toegankelijkheid voor iedereen gedurende die tijd tevens het Rijk, een provincie, een gemeente of een waterschap bedoelde weg onderhouden heeft Deze termijnen konden voor het eerst aanvangen op resp 1 oktober 1902 en 1 oktober 1922<sup>6</sup> Een vierde buiten de Wegenwet gelegen en van een later tijdstip daterende ontstaansgrond voor openbaarheid van weg geeft artikel 79, zesde lid, tweede volzin der Ruilverkavelingswet 1954<sup>7</sup>

Betreffende de wijze waarop een weg openbaar werd vóór 1 oktober 1932 ligt wat de visie van de civiele rechter betreft een caesuur in februari 1928<sup>8</sup> Vóór 3 februari 1928 werd op grond van 'gevestigde maar betwiste'<sup>9</sup> jurisprudentie van de Hoge Raad een weg geacht openbaar te zijn, indien de rechthebbende hem daartoe had bestemd, vanaf die datum eiste de Hoge Raad bovendien aanvaarding door de overheid De wil van de overheid, aldus de Hoge Raad, zou kunnen blijken 'hetzij uit een wettelijk voorschrift hetzij uit de gedraging van het openbaar gezag'<sup>10</sup> De visie van de Kroon komt sinds die tijd weliswaar niet in uitdrukkelijke bewoordingen overeen met die van de Hoge Raad, maar in wezen zijn de door de Kroon gehanteerde criteria daarvan niet afwijkend, zoals De Goede aangetoond heeft. Er zijn wel accentverschillen<sup>11</sup>

Op een ander punt dient nog de aandacht gevestigd te worden In literatuur en jurisprudentie wordt algemeen over verjaring gesproken, waar men duidt op het verschijnsel dat een weg na enig tijdsverloop openbaar wordt<sup>12</sup> In de juridische taal heeft de term verjaring geen vaste betekenis Met het gebruik van deze met name aan het civiele recht ontleende term kan men hier vrede hebben – de wetgever heeft er zich ten deze overigens van weerhouden – als men daaronder verstaat een tengevolge van tijdsverloop door het recht al dan niet onder bepaalde voorwaarden gesanctioneerde situatie<sup>13</sup> Met de stelling van Winsemius en Hubée, dat door de artikelen 4 en 5 van de Wegenwet een regeling wordt geïntroduceerd 'welke analoog is aan die van

het instituut van de verkrijgende verjaring in het privaatrecht' <sup>14</sup> kan ik mij niet verenigen. Waarin zou de analogie moeten bestaan? Hoogstens in het feit, dat het recht — i.c. de Wegenwet — aan enig tijdsverloop gevolgen toekent, maar dat gaat evenzeer op voor de bevrijdende verjaring. Het gevolg dat de Wegenwet aan genoemde termijnen toekent is openbaarheid. Het gevolg van verkrijgende verjaring in het privaatrecht is de verkrijging van een zaak danwel het worden van zakelijk gerechtigde. Van analogie tussen openbaarheid en verkrijging van eigendom of een beperkt zakelijk recht kan geen sprake zijn. In de vermeende overeenstemming zou bovendien nog afgezien dienen te worden van voorwaarden die ter verkrijging van een zaak in het Burgerlijk Wetboek worden gesteld, met name bezit te goeder trouw, aangezien de in de Wegenwet als vereiste gestelde toegankelijkheid daarmede eveneens geenszins analoog is.

## INHOUD

Een het juridisch taalgebruik beheersende definitie van het begrip openbare weg of openbaarheid van weg zal men tevergeefs zoeken. Zoals de Minister van Waterstaat bij behandeling van het ontwerp-Wegenwet reeds stelde, kan iedere wettelijke regeling, welke het begrip openbare weg gebruikt een 'omschrijving geven van hetgeen daaronder voor de toepassing van die regeling moet worden verstaan'. Naar aanleiding van een opmerking in het Voorlopig Verslag<sup>1</sup> stelt hij letterlijk

'Eenige leden der Commissie vestigden er de aandacht op, dat nu in dit wetsontwerp wordt aangegeven, wanneer een weg openbaar is, dit ertoe zal kunnen leiden, dat de burgerlijke rechter en de strafrechter bij de beoordeling van de aan hunne beslissing onderworpen zaken de bepalingen dezer wet tot richtsnoer zullen nemen wanneer de vraag moet worden beantwoord, of een weg openbaar is. Deze opmerking is juist. Wanneer de wettelijke regeling, tot toepassing waarvan de burgerlijke of strafrechter geroepen wordt, de uitdrukking "openbare weg" gebruikt, zonder dat uit die regeling zelve bepaaldelijk volgt, wat daarin onder "openbare weg" is te verstaan, zal de rechter de bepalingen der Wegenwet betreffende hetgeen onder "openbare weg" moet worden verstaan, toepassen — men denke bijvoorbeeld aan de in het Voorlopig Verslag genoemde artikelen 162, 312, 424, 427 enz. van het Wetboek van Strafrecht — De ondergetekende kan echter niet toegeven, dat met het oog daarop de bepalingen van het wetsontwerp te beperkt zouden zijn, zoals door de aan het woord zijnde leden der Commissie wordt betoogd. Immers iedere wettelijke regeling, welke het woord "openbare weg" gebruikt, kan eene omschrijving geven van hetgeen daaronder voor de toepassing van die regeling moet worden verstaan. Dit is ook thans reeds het geval. In zoover zal door de nieuwe wet in den bestaanden toestand zeker geene verandering worden gebracht. Slechts deze wijziging zal ontstaan, dat, wanneer uit eene of andere wettelijke regeling zelve niet volgt, wat in die regeling met "openbare weg" is bedoeld, bij de vraag, wat daaronder moet worden verstaan, de nieuwe wet maatgevend zal zijn.' <sup>12</sup>

Het is de vraag of de Minister hierin gevolgd kan worden. De wetgever heeft door middel van een limitatieve opsomming — in de Wegenwet, later aangevuld met een bepaling in de Ruilverkavelingswet 1954 — vastgesteld wanneer een weg openbaar is. Mag de rechter nu, indien een wet of verordening geen omschrijving heeft gegeven of niet duidelijk heeft laten uitkomen wat daarin onder de term openbare weg moet worden verstaan, onder het begrip openbare weg geen andere weg begrijpen dan die welke openbaar is geworden op een van de gronden als genoemd in de Wegenwet of Ruilverka-

velingswet 1954? Vaststaat, dat waar de wetgever de gronden voor het ontstaan van openbaarheid van weg limitatief heeft opgesomd, de rechter niet de bevoegdheid heeft nog andere aan te nemen.<sup>3</sup> Wordt er van openbare weg in 'juridische zin' gesproken, dan houdt dit voor de rechter in dat hij te maken heeft met een weg, waarvan de openbaarheid is voortgekomen uit een van de daarvoor gestelde ontstaansgronden. Beroept iemand er zich in een concreet geval op, dat een weg niet openbaar is — m.n. in strafrechtelijke procedures kan dit het geval zijn — dan zal de rechter hebben aan te tonen op welk van die gronden i.c. wel van een openbare weg sprake is.<sup>4</sup> Maar, ondanks of dankzij — naargelang men wenst — deze duidelijkheid, valt er toch nog op iets anders te wijzen. Zojuist werd al gesproken van een openbare weg in juridische zin,<sup>5</sup> dit ter onderscheiding van het begrip openbare weg in het algemeen taalgebruik. De vraag, die naar mijn mening dan ook aan de orde moet komen, is deze: heeft de wetgever bij het hanteren van het begrip openbare weg de juridische betekenis of het algemeen taalgebruik voor ogen gestaan? <sup>6</sup> Dit zal voor iedere wet — soms zelfs voor ieder artikel — apart bezien moeten worden. Komt de rechter tot de bevinding, dat het om een taalgebruik in algemene zin gaat, dan heeft hij zelf uit te maken wat in het concrete geval een juiste interpretatie van het begrip openbare weg met zich meebrengt. Van belang — en dit niet alleen voor het strafrecht — is in dit verband een nota, die M. de Vries op verzoek van de Minister van Justitie heeft uitgebracht naar aanleiding van het ontwerp Wetboek van Strafrecht over de betekenissen van het woord openbaar en het gebruik, dat daarvan in dit ontwerp gemaakt werd.<sup>7</sup> Kort samengevat komt de conclusie van De Vries hierop neer. Openbaar betekent: 1. algemeen zichtbaar, voor ieder duidelijk; 2. voor algemeen bestemd, algemeen toegankelijk, voor iedereen openstaande; 3. het gehele volk of de staat als eenheid betreffende; 4. de regering van de staat of van gedeelten van den staat betreffende. Op blz. 361 staat onder meer als zijn conclusie te lezen, dat de term openbare weg in het ontwerp terecht gebruikt is in de zin aangegeven onder 2. In aansluiting hierop moge ik ook verwijzen naar wat B. de Goede in zijn dissertatie<sup>8</sup> vermeldt: 'juist omdat het in het taalgebruik om één en hetzelfde woord gaat, moet men er op bedacht zijn, dat het algemeen gebruikelijke qualitate qua in de vaktaal kan zijn doorgedrongen.' L. van Praag neemt in zijn artikel 'Openbare wegen'<sup>9</sup> ook het taalgebruik tot uitgangspunt, maar meent daarin toch nuances waar te nemen: 'Blijkt niet dat een bijzondere opvatting bij den wetgever heeft voorgezetten, dan ligt het voor de hand aan te nemen dat hij het meest gangbare spraakgebruik heeft gevolgd. Dat spraakgebruik is slechts in zoover vast, dat iedereen de wegen, die een publiekrechtelijk lichaam voor het algemeen heeft toegankelijk gesteld, openbaar zal noemen'. De weg waarvan het publiek gebruik maakt zonder dat de eigenaar zich daartegen verzet en ook zonder dat van een bestemming zijnerzijds voor het gebruik door het algemeen verkeer is gebleken, 'zal men in de regel niet aanduiden met de benaming openbare weg'. Hoe men zo'n weg dan wel aanduidt, wordt niet gezegd. Heeft de grondeigenaar die bestemming gegeven met het voorbehoud daarop steeds terug te kunnen komen, dan — zo luidt na enige beschouwing de conclusie — is die weg overigens wel een openbare weg. Hij schrijft immers, dat 'een weg, die de eigenaar tot wederopzegging heeft bestemd om toegankelijk te zijn voor het publiek, een openbare weg' is.<sup>10</sup>

De rechter zal naar mijn mening steeds hebben na te gaan — ik schreef dit al — in welke betekenis het begrip openbare weg verstaan dient te worden. Deze methodiek zal hij dienen toe te passen voor wetten welke vóór en na de Wegenwet tot stand zijn gekomen. Immers, op redelijke gronden kan niet verklaard worden *waarom* de wetgever van 1930 een ook door de wetgevers in een andere betekenis — niet uitgaande van de formele waterstaatsrechtelijke benadering, maar van het algemeen taalgebruik — gehanteerd begrip ging ‘monopoliseren’, zodat dit alleen maar verstaan zou kunnen worden in de zin, die de Wegenwet eraan gegeven heeft. En behalve de vraag naar het waarom dient zich het probleem aan *hoe* deze wetgever zulks vermocht te doen. De Wegenwet schrijft niet dwingend voor hoe het begrip ‘openbare weg’ in andere wetten geïnterpreteerd moet worden. Niet vergeten mag worden, dat de Wegenwet deel uitmaakt van het waterstaatsrecht. Zij is geen taalwet noch een interpretatieve wet. In de Wegenwet wordt een regeling gegeven voor een waterstaatswerk: een weg. Om dit werk object van overheidszorg (openbaar) te maken, dient aan bepaalde voorwaarden voldaan te worden.

Herhaalde malen komt men overigens de redenering tegen die ook door de toenmalige Minister in antwoord op een vraag van enige leden der commissie werd gevolgd. Zo wordt gesteld in ‘Het Wetboek van Strafrecht’ door Noyon-Langemeijer, zevende druk, bewerkt door J. Rummelink<sup>11</sup> naar aanleiding van de term openbare weg in artikel 162 Wetboek van Strafrecht: ‘De vraag wanneer wegen openbaar zijn, moet voor land- en voor waterwegen verschillend beoordeeld worden. Voor de eerste wordt zij thans beheerst door de artikelen 4-12 van de Wegenwet. Uit de aard der zaak echter zal nog vaak een openbaar worden van de weg vóór het in werking treden dier wet beoordeeld moeten worden.’ Afgezien van het feit, dat artikel 79, zesde lid, tweede volzin van de Ruilverkavelingswet 1954 niet als grond wordt vermeld,<sup>12</sup> blijkt een algemene spraakverwarring zich met name sinds het ontstaan der Wegenwet verspreid te hebben. Apodictisch wordt er verkondigd, dat, nu de Wegenwet geregeld heeft hoe een weg openbaar wordt, steeds wanneer van openbare weg gesproken wordt daarmee bedoeld wordt op een weg die openbaar is geworden conform deze wet. Daarbij valt te wijzen op de Memorie van Toelichting bij de artikelen 424 en 427 onder 6° Wetboek van Strafrecht stellende onder openbare wegen te verstaan alle wegen tot algemeen gebruik bestemd, terwijl onder deze wegen dan niet zouden vallen die, welke enkel tot wederopzegging gemelde bestemming hebben gekregen. Dit is weinig in overeenstemming met de conclusies in de nota van M. de Vries. Trouwens, enige afwijking veroorlooft men zich wel. In de artikelen 424 en 451 Wetboek van Strafrecht zou onder openbare weg ook de waterweg begrepen zijn. Dit komt niet overeen met de term wegen, waarvan de Wegenwet uitgaat.<sup>13</sup>

In het navolgende hoop ik aan te tonen, dat de door de Minister van Waterstaat en de in navolging van hem door velen gehuldigde opvatting niet de juiste kan zijn. In artikel 451 lid 3 Wetboek van Strafrecht wordt met straf bedreigd ‘hij die op eene van den openbaren weg zichtbare plaats voor de eerbaarheid aanstootelijke woorden of tekeningen stelt’. Gaat men uit van de openbare weg in de zin van de Wegenwet dan wordt het blijkbaar niet in strijd met de zeden geacht wanneer genoemde handelingen plaats vinden op

voor het openbaar rij- of ander verkeer openstaande wegen,<sup>14</sup> die geen openbare wegen in juridische zin zijn. De ratio van een beperking tot de juridisch openbare weg is hier niet te vinden. Zeker niet anders ligt het bij de dronkenschap op de openbare weg in artikel 453 lid 1 Wetboek van Strafrecht.

Een ander argument. In de artikelen 715 en 716 BW is sprake van een gemene weg. Algemeen wordt aangenomen, dat gemeen hier openbaar betekent.<sup>15</sup> Zou hier het begrip openbare weg alleen in juridische zin verstaan moeten worden, dan zou een perceel gelegen aan een louter voor het openbaar verkeer openstaande weg – zijnde dan geen gemene weg – formeel gesproken ‘zelve geen toegang tot den gemeenen weg’ hebben en dus in de zin van artikel 715 BW als ingesloten perceel aangemerkt moeten worden. Dit is niet de bedoeling van deze artikelen geweest,<sup>16</sup> terwijl zulk een uitleg ook niet geaccepteerd is door de Hoge Raad.<sup>17</sup>

In artikel 700 BW is letterlijk sprake van openbare weg: ‘Elke eigenaar is verplicht zijne daken zoodanig in te richten, dat het regenwater op zijn erf of op den openbaren weg afloope, indien dit laatste niet bij de wetten of bij verordeningen is verboden; hij mag het water niet op den grond van zijnen nabuur doen uitloopen’. Artikel 686 BW eveneens van openbare weg sprekend, stelt hetzelfde voor het doen uitlopen van water van een gemene muur. Artikel 5.4.14 OBW houdt ook ‘afwatering op de openbare weg’ voor geoorloofd. Waarom zou de openbare weg in juridische zin hier in een van de openbare weg in algemene zin afwijkende positie moeten verkeren?<sup>18</sup>

Nog enige andere voorbeelden.<sup>19</sup> In het Destructiebesluit van 11 februari 1958 worden onder meer bepalingen gegeven betreffende de inrichting van destructoren. Zo bepaalt artikel 8 lid 1: ‘Het terrein van de destructor moet zijn afgescheiden van de openbare weg; de toegang tot het terrein moet aan onbevoegden zijn verboden’. Het betreft hier een bepaling in het belang van de openbare gezondheid: zou deze ermede gediend zijn als openbare weg alléén in de juridische zin werd opgevat? In de van 1964 daterende Drank- en Horecawet wordt onder inrichting verstaan de besloten ruimte waarin een in artikel 3 eerste lid, onder a of b, bedoeld bedrijf of de in dat lid, onder c, bedoelde werkzaamheid wordt uitgeoefend, met – voor zover zij te zamen daarmee tot dat doel in gebruik zijn – de open aanhorigheden daarvan en de in de onmiddellijke nabijheid daarvan gelegen gedeelten van de openbare weg. Artikel 8 van deze wet verfijnt dat laatste nog door te bepalen, dat een krachtens artikel 3 verleende vergunning ten aanzien van het verstrekken van alcoholhoudende drank niet geldt voor andere gedeelten van de openbare weg dan die, waar dat verstrekken bij gemeentelijke verordening uitdrukkelijk is toegestaan. Als het begrip openbare weg hier alleen in juridische zin ware op te vatten – noch uit de historie noch uit de kamerstukken blijkt, dat dit dient te geschieden – dan zou een niet aan de openbare weg – in juridische zin – gelegen inrichting in een nadeligere positie kunnen verkeren als de inrichting die wel aan de juridische openbare weg is gelegen. Bij gemeentelijke verordening zouden immers wel gedeelten van de openbare weg voor het verstrekken van alcoholhoudende dranken mogen worden aangewezen, hetgeen niet zou kunnen voor gedeelten van de niet-openbare weg.<sup>20</sup> Er kan immers niet aangenomen worden dat de wetgever de niet (in juridische zin) openbare weg zonder meer als een open aanhorigheid zou willen aanmerken. De ratio van een beperking tot de openbare weg in de zin van de



Wegenwet had dan toch wel gemotiveerd mogen worden, als de wetgever inderdaad enige beperking had beoogd. In zijn arrest van 10 mei 1955<sup>21</sup> overweegt de Hoge Raad onder meer, 'dat de Kantonrechter ..... terecht ..... voor de vraag wat in artikel 2 Rijtijdenbesluit onder "openbare weg" is te verstaan, te rade is gegaan met ("bij" te lezen) artikel 4 Wegenwet'. Deze opvatting wordt door De Goede<sup>22</sup> uitvoerig gemotiveerd bestreden, waarna hij als volgt concludeert: 'Het hier besproken arrest van de Hoge Raad gaat naar mijn mening van onjuiste praemissen uit en is derhalve ook in zijn conclusie onaanvaardbaar; het doet aan de beoogde werkingssfeer van Rijtijdenwet en Rijtijdenbesluit tekort.' Gaarne sluit ik me hierbij aan.

Een fraai voorbeeld van tegenspraak geeft de wetgever zelf in het reeds vaker vermelde artikel 79 zesde lid, tweede volzin der Ruilverkavelingswet 1954. De tekst is de moeite van het aanhalen waard: 'Aan wegen met de daartoe behorende kunstwerken, welke in het plan als openbare wegen worden opgenomen, maar die voorheen niet voor het openbaar verkeer waren opengesteld, wordt in afwijking van het bepaalde in de artikelen 4 en 5 van de Wegenwet door het enkele feit van de opneming de bestemming van openbare weg gegeven.' Hier worden openbare weg en niet voor het openbaar verkeer opengestelde weg, gelet op het woordje 'maar', als tegenstellingen van elkaar gebezigd. Nu openbare weg de eerste keer gebruikt is als synoniem van voor het openbaar verkeer opengestelde weg betekent dit iets anders dan openbare weg van de tweede keer. Het laatste ziet op de juridische openbare weg, terwijl het eerste het algemeen taalgebruik bezigt.<sup>23</sup> Terminologisch is ook de Wegenwet niet steeds zuiver, waar zij spreekt van onttrekken aan het openbaar verkeer in plaats van onttrekken aan de openbaarheid, of nog beter: onttrekken aan 'openbare zorg'. Verwezen kan daartoe worden naar de artikelen 7 sub II, 8, 9, 10, 11a leden 2, 3 en 4 en artikel 12.

Ook vele schrijvers hebben er moeite mee. A.H. Kamerlingh Onnes schrijft in zijn dissertatie: <sup>24</sup> 'De geschiedenis leert ons nu, dat wij onder "openbare weg" zullen te verstaan hebben niet: "iedereen voor het publiek toegankelijke weg", wat men er nooit onder heeft verstaan, maar: "een weg, die, onafhankelijk van de wil van particulieren, voor het publiek openstaat en geopend moet blijven. Deze betekenis wordt dan ook zowel door jurisprudentie als door bijna alle rechtsgeleerde schrijvers aan de uitdrukking "openbare weg" gehecht.' Aan het einde van hoofdstuk II<sup>25</sup> komt hij hierop terug, waar hij schrijft: 'Wij betoogden het reeds in onze inleiding: op grond van de geschiedenis zal men het karakter van openbaarheid in engeren, in wettelijken zin niet mogen toekennen aan voor het publiek toegankelijke wegen, die ieder oogenblik door den eigenaar kunnen worden gesloten. Hun rechtstoestand is daar voor te onzeker. Als openbaar mogen slechts worden aangemerkt die wegen, welke, onafhankelijk van de wil van particulieren, voor het publiek openstaan en geopend moeten blijven. Natuurlijk sluit dit niet uit, dat in ene bijzondere wet of verordening aan het woord "openbaar" eene andere, ruimere betekenis uitdrukkelijk kan zijn toegekend.'<sup>26</sup>

Scheltema<sup>27</sup> stelt: 'Het woord "openbaar" in den term "openbare weg" heeft dan ook niet betrekking op de omstandigheid, dat de weg openstaat voor het publiek — immers er zijn niet-openbare wegen, waarover eveneens het publiek gaat — doch bedoelt aan te geven, dat de openbare bestemming van het object, evenals van openbare dijken, slooten, kanalen e.d. ten genoee-

gen en ter beoordeling van eene publiekrechtelijke corporatie is vastgelegd.'

De laatste jaren kondigt zich een ontwikkeling aan, die duidelijk meer recht doet wedervaren aan het begrip openbare weg in zijn verschillende betekenissen, naargelang de plaats waar en in verband met de context waarin deze term gebruikt wordt, dan over het algemeen het geval was. In zijn in 1971 verschenen 'Inleiding tot het wegenverkeersrecht' onderscheidt R.J. Polak nadrukkelijk, nadat hij daarvan reeds in 1954 had doen blijken in zijn antwoord op een rechtsvraag.<sup>28</sup> B. de Goede gaf in 1960 en in 1975 een dieper gaande uiteenzetting over de verschillende, uiteenlopende betekenissen van openbare weg in feitelijk en in juridisch opzicht.<sup>29</sup> Hopelijk, zo lijkt mij, zet deze tendens zich door.

Met het vorenstaande meen ik voldoende aangetoond te hebben, dat in het juridisch taalgebruik de term openbare weg meer dan één betekenis heeft. De rechter heeft tot taak in voorkomende gevallen na te gaan in welke betekenis dit begrip door een wet of in een bepaling is gebruikt. Hiermede sluit ik mij aan bij hetgeen Advocaat-Generaal Jhr. van Asch van Wijk concludeerde bij het arrest van de Hoge Raad van 24 juni 1947.<sup>30</sup> 'De Wegenwet zelf', zegt hij, 'dwingt niet om, als die term in andere wetten voorkomt, die op te vatten in de betekenis die de Wegenwet daaraan geeft'. Even verder concludeert hij: 'Telkens als men in wettelijke voorschriften het begrip "openbare weg" tegenkomt, zal men zich hebben af te vragen wat de wetgever bedoeld moet hebben, wat het betekent in de zin van het artikel in kwestie'. Paradoxaal zou men kunnen concluderen: de wetgever heeft wel bepaald *wanneer* een weg – wegenrechtelijk – openbaar is, maar niet *wat* een openbare weg is – bij het gebruik van die term in de verschillende wetten en verordeningen – Aandacht is er door de wegenwetgever geschonken aan de wijze waarop een weg openbaar wordt en hoe die openbaarheid ophoudt te bestaan. Er werd niet nader ingegaan – uit het volgende zal dat nog blijken – op de inhoud daarvan.<sup>31</sup>

Dat de wetgever bewust gekozen heeft voor een niet volledige regeling in de Wegenwet blijkt reeds uit de Memorie van Toelichting bij de considerans<sup>32</sup>, luidende: 'Met de woorden "dat het noodzakelijk is voorschriften vast te stellen omtrent openbare wegen" wordt uitgedrukt, dat eene regeling wordt gegeven van verschillende punten, waarop wettelijke voorziening onontbeerlijk of gewenscht is gebleken, doch geen codificatie van het wegenrecht in zijn geheel.' Het karakter van deze tot het waterstaatsrecht te rekenen wet kan gekenschetst worden als van aanvullende aard. 'Zonder onnoodig ingrijpen in het bestaande moet de wetgever de leemten aanvullen,' vermeldt de Memorie van Toelichting.<sup>33</sup>

Op het stuk van de openbaarheid is volstaan met een formele regeling in deze zin, dat aangegeven is hoe openbaarheid ontstaat en tenietgaat. Dat de wetgever gedacht heeft aan een rehtens algemeen toegankelijke weg bij het gebruik van het begrip openbare weg, blijkt eveneens uit de Memorie van Toelichting<sup>34</sup>: 'De strekking van dit ontwerp ..... brengt beperking mede tot die wegen, die meer duurzaam de belangen van het openbaar verkeer dienen, zoodat het publiek daarover verkeert niet slechts bij gedoogen van den eigenaar, doch als daartoe gerechtigd.'<sup>35</sup> De regeling in artikel 14 Wegenwet – op welk artikel in het bijzonder ingegaan zal worden – heeft de wetgever gebracht als een betreffende de gevolgen van de openbaarheid voor de recht-

hebbende.<sup>36</sup> Openbaarheid van een weg blijkt uit de wegenlegger waartegen slechts een *na* vaststelling van de legger of *na* plaatsing van een weg op die legger ingetreden verandering kan leiden tot tegenbewijs (artikel 49 Wegenwet)<sup>37</sup>.

In deze studie wordt behandeld de relatie tussen het privaatrecht en de weg welke openbaar is in juridische zin. Wanneer er verder van openbare weg wordt gesproken zonder nadere omschrijving of zonder dat uit de tekst het tegendeel blijkt, wordt daarmede dan ook de juridisch openbare weg bedoeld. Toch kan het wel eens voorkomen, dat hetgeen gesteld wordt voor de openbare weg ook opgaat voor andere wegen<sup>38</sup>.

## CIVIELRECHTELIJK

In het kader van deze studie is het van belang te weten waar de openbare weg in het geheel van het civiele recht thuishoort. Een openbare weg is een onroerende zaak<sup>1</sup> met een publieke bestemming.<sup>2</sup> De vraag welke regels civielrechtelijk op onroerende zaken met een publieke bestemming van toepassing zijn is begrijpelijkerwijze met name in het zakenrecht onderwerp van studie. Langs de weg der rechtspraak en veel meer nog door de doctrine zijn in de loop der tijden min of meer afgeronde leerstukken ontwikkeld betreffende zaken met een publieke bestemming. In op het Romeinse recht betrekking hebbende bronnen worden de '*res publicae in publico usu*' aangemerkt als '*res quarum commercium non sit*'.<sup>3</sup> Onder de '*res publicae in usu publico*' vallen in ieder geval de zaken die voor een onmiddellijk gebruik door het publiek bestemd zijn,<sup>4</sup> zoals de '*viae publicae*' en de '*itineraria publica*'. De rechtsmacht welke de Staat in het Romeinse recht over deze zaken uitoefende was van dezelfde inhoud als die, welke hij over de andere hem ter beschikking staande zaken had. De Staat moet naar Romeins recht als eigenaar van alle '*res publicae*'<sup>5</sup> worden beschouwd.<sup>6</sup> Deze eigendom had ingevolge de bijzondere positie van de Staat een eigen kleur: hij was in zeker opzicht beheerst door het '*ius publicum*'.<sup>7</sup> Het feit, dat er in dit geval gesproken werd van zaken '*quarum commercium non sit*'<sup>8</sup> hield niet meer in dan de ongeldigheid van bepaalde rechtshandelingen tussen particulieren onderling.<sup>9</sup> Deze aan de Romeinse bronnen ontleende leer ligt in essentie ten grondslag aan de Franse Code civil en aan ons Burgerlijk Wetboek. Voor beide codificaties komt Vegting<sup>10</sup> tot deze conclusies:

1. De zaken, bestemd voor een gebruik door het publiek, staan in privaats eigendom van den staat resp. van lagere publieke gemeenschappen.
2. Met de in de wetgeving genoemde zaken buiten den handel zijn bedoeld de zaken, bestemd voor een gebruik door het publiek.
3. Het buiten den handel zijn dezer zaken had de geheele rechtsgeschiedenis door en heeft ook in Code en BW geen andere betekenis dan dat het de geldigheid in den weg staat van bepaalde rechtshandelingen tusschen private personen met betrekking tot deze zaken; de bevoegdheden van staat en gemeente als eigenaren dezer zaken werden en worden door haar aanduiding als zaken buiten den handel in geen enkel opzicht beperkt.
4. De publieke bestemming dezer zaken op zich zelf beperkt den staat en de andere publieke gemeenschappen niet in de uitoefening van het eigendomsrecht op deze zaken.
5. Staat en gemeenten zijn derhalve bevoegd tot vervreemding van de zaken, bestemd

voor een gebruik door het publiek. Hiertoe zal in het algemeen slechts worden overgegaan wanneer de betreffende zaak aan de haar tot dusver gegeven bestemming wordt onttrokken. Er kan echter evenzeer een vervreemding plaatsvinden met handhaving van de publieke bestemming.

6. Geen wettelijke hindernissen staan in den weg aan de verkrijging door particulieren met medewerking van staat of gemeente van beperkte rechten op de zaken, bestemd voor een gebruik door het publiek.
7. Verjaring van deze zaken ten behoeve van private personen is niet mogelijk.'

Na de codificatie bereidden verschillende Franse schrijvers de weg voor de leer van Proudhon,<sup>11</sup> die als eerste met de theorie kwam, dat zaken bestemd voor een gebruik door het publiek – in zijn terminologie het 'domaine public'<sup>12</sup> – geen voorwerp van eigendom van de Staat vormen. Ondanks het feit, dat de leer van Proudhon geheel afweek van het historische en geldende recht in Frankrijk – hijzelf was zich hiervan niet bewust – en op verschillende plaatsen weinig scherpe en soms zelfs elkaar tegensprekende uiteenzettingen bevat, zijn essentiële elementen uit zijn leer algemeen gevolgd en geldt in het Franse recht, dat het 'domaine public' door speciale, van het 'domaine privé' afwijkende, rechtsregels wordt beheerst.

In Nederland verkondigde Thorbecke, geïnspireerd door de leer van Proudhon, als een der eersten, dat de ten openbare nutte bestemde zaken geen voorwerp van (gewone) eigendom zijn.<sup>13</sup> Deze gedachte werd ook neergelegd in artikel 230 gemeentewet.<sup>14</sup> Noch uit de redactie noch uit de historie van het huidige artikel 267 gemeentewet kan tot een uitdrukkelijke verwerping van die leer geconcludeerd worden.<sup>15</sup> Overigens heeft deze leer het in Nederland niet tot een bestendig bestaan weten te brengen. Wist Thorbeckes mening tot omstreeks 1890 de meeste schrijvers voor zich te winnen, uit de rechterlijke uitspraken kwam toen nog geen eenheid van opvatting naar voren. Met het Themisartikel van Von Reeken in 1893 breekt een periode van een nieuwe visie aan: de leer van het 'gedeeltelijk buiten den handel' zijn<sup>16</sup>.

'Bij voor den publieken dienst bestemde eigendommen', schreef hij<sup>17</sup> 'kan niemand eenig recht, strijdende met bedoelde bestemming, op deze zaken uitoefenen. Alle rechten daarentegen, welke door den eigenaar of andere rechthebbenden, behoudens de publieke bestemming, kunnen uitgeoefend worden, blijven ongeschonden bestaan, en bedoelde zaken kunnen, behoudens de publieke bestemming, en voorzover zulks niet bij enige wettelijke bepaling anders mocht zijn geregeld, in eigendom overgedragen en verkregen worden.

Bedoelde zaken zijn, voorzover zij voor het publiek gebruik bestemd zijn, onttrokken aan het privaatrecht, aan het verkeer, en zijn dus *gedeeltelijk* buiten den handel.'

In zijn totaliteit heeft de leer van Von Reeken zich niet weten te handhaven. Wel zijn daaruit de huidige ideeën betreffende zaken met een publieke bestemming ontwikkeld. Algemeen aanvaard is de opvatting, dat in beginsel op deze zaken het privaatrecht van toepassing is.<sup>18</sup> Niet het bestaan, maar de uitoefening van rechten wordt beperkt, hetzij op grond van wettelijke bepalingen, hetzij uit de aard der zaak.<sup>19</sup> Het gebruik van de term zaken buiten den handel wordt verwarringwekkend<sup>20</sup> geacht danwel gezien als een andere terminologie voor 'zaken van openbare bestemming'.<sup>21</sup> In het Ontwerp Nieuw BW komt hij niet meer voor.<sup>22</sup>

Hoe staat het nu met de openbare weg in juridische zin als in de vorige paragraaf werd beschreven? Zoals in het begin van deze paragraaf werd gesteld is een openbare weg in het zakenrecht een onroerende zaak met een publieke bestemming. De zojuist uiteengezette leer is hierop dus van toepassing. Maar is die leer óók niet van toepassing op de niet-juridische openbare weg, zoals de voor het openbaar rij- of ander verkeer openstaande weg? Maakt het civielrechtelijk wel verschil uit ten deze<sup>23</sup> of wij te doen hebben met een juridisch openbare danwel met een niet-juridisch openbare weg? Is deze laatste ook niet een ten openbare dienste bestemde zaak, terwijl op de eerste als gekwalificeerd onderdeel daarvan<sup>24</sup> enige speciale regels van toepassing zijn? Op deze vragen dient naar mijn mening aldus geantwoord te worden. De wetgever heeft in de Wegenwet en de Ruilverkavelingswet 1954 exclusief vastgesteld hoe een weg ten openbare dienste bestemd wordt, waarbij onder bestemming niet alleen de mogelijkheid van artikel 4, eerste lid onder III der Wegenwet begrepen dient te worden, maar al die mogelijkheden welke genoemde wetten als ontstaansgronden van openbaarheid geschapen<sup>25</sup> hebben. Wil een weg ten openbare dienste bestemd zijn, dan moet een juridisch relevante bestemming plaats gevonden hebben. De wetgever heeft in de Wegenwet bepaald, wanneer dit zo is. Men zou het ook anders kunnen stellen. Uiteraard zijn er ook gevolgen verbonden aan het feitelijk voor het openbaar verkeer opstellen van een weg. Doordat de weg voor het openbaar verkeer wordt opengesteld worden de regels van de Wegenverkeerswet, het Wegenverkeersreglement en het Reglement verkeersregels en verkeerstekens daarop van toepassing. Maar een *bestemming* tot openbare weg is eerst gegeven op een voor het recht relevante wijze, indien deze heeft plaats gevonden op een door de Wegenwet of Ruilverkavelingswet 1954 geregelde wijze. In deze visie is dus de term 'openbare weg' synoniem met de onder meer in het civiele recht gebruikte term 'ten openbare dienste bestemd'.

In het kader van deze studie behoeft niet nader te worden ingegaan op het onderscheid dat wel gemaakt wordt bij de ten openbare dienste bestemde zaken in zaken ten gebruike van het publiek en andere zaken ('Sachen in Gemeingebrauch' en 'Anstalten'). De openbare weg is een ten openbare dienste bestemde zaak, ten gebruike van het publiek. Evenmin behoeft nader betoog het feit, dat ten deze een ten openbare dienste bestemde weg tevens valt aan te merken als een ten algemene nutte liggend waterstaatswerk als bedoeld in artikel 19 onder A. IXc van de Waterstaatswet 1900.<sup>26</sup> Vermeldenswaard is in dit verband, wat De Goede zegt:

'Het ten algemene nutte liggen der werken kan blijken uit hun rechtstoestand van ten publieke dienste formeel bestemd te zijn, het kan ook volgen uit een feitelijke, niettemin rechtens verankerde situatie. Het voortduren van het liggen ten algemene nutte is in beide gevallen echter niet een aangelegenheid, waarover de burger of de burgers onderling hebben te beslissen, maar is een zaak, die slechts de overheid aangaat, waarbij het dan onverschillig is of de overheid, om aan dat "liggen" een einde te maken, zulks door een formele verklaring danwel door feitelijke veronachtzaming of verwijdering van het betrokken werk doen kan. Het algemeen nut van waterstaatswerken is en blijft een aangelegenheid, waarover de overheid, en zij alleen, beslist.'<sup>27</sup>

Zou de wetgever nog nieuwe mogelijkheden scheppen om wegen openbaar te doen zijn, dan strekt zich die herziening uiteraard ook uit over de ten

openbare dienste bestemde weg. Moeilijker ligt de kwestie daar, waar de wetgever geen bepalingen had of heeft vastgesteld. Te denken valt aan de situatie betreffende wegen vóór het bestaan der Wegenwet en het openbaar water op de dag van vandaag. Dat er dan veel onzekerheid heerst, spreekt wel voor zichzelf. Een belangrijke vraag is dan onder meer, wanneer een bestemming van zodanige aard is, dat het object aangemerkt kan worden voor de openbare dienst bestemd te zijn. Met het begrip openbaar zoals de Toelichting ad artikel 5.3.11 OBW dit omschrijft is deze vraag niet voldoende beantwoord.<sup>28</sup>

Omtrent het woord bestemming is een enkele kanttekening hier op zijn plaats. In het voorgaande werd regelmatig gesproken van ten openbare dienste bestemd zijn. In de Wet en het Besluit op de Ruimtelijke Ordening komt het woord bestemming voor, in de Wegenwet treffen we het aan, terwijl in artikel 277 der gemeentewet gesproken wordt van 'het gebruik overeenkomstig de bestemming'. De Haan<sup>29</sup> spreekt van een 'juridisch kernbegrip uit de ruimtelijke ordening: de bestemming', waaronder 'valt te verstaan de toewijding van ruimte — en dus van grond — aan de verschillende maatschappelijke doeleinden.' 'De planologische bestemming', zegt hij, 'is een publiekrechtelijke bestemming, dat wil zeggen een bindende aanwijzing van grond voor een bepaald maatschappelijk doel', waarop hij in de volgende zin laat volgen: 'naast de publiekrechtelijke is er ook de *privaatrechtelijke* bestemming, dat is die welke de eigenaar aan de grond heeft gegeven.' In afdeling 2 van hoofdstuk IV van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en in paragraaf 3 van afdeling 1 onder hoofdstuk III van het Besluit op de Ruimtelijke Ordening is een nadere regeling gegeven van het 'bestemmingsplan'. Dit plan heeft een eigen, juridische inhoud, zodat men kan stellen dat aan een 'bestemming' in het kader van dit plan typisch juridische gevolgen verbonden zijn. Het woord bestemming heeft daardoor een meer specifieke betekenis gekregen, althans binnen de werkingssfeer van het bestemmingsplan.<sup>30</sup> Daarbuiten kan niet van een juridisch begrip gesproken worden, noch ten aanzien van het zelfstandig naamwoord 'bestemming' noch ten aanzien van het werkwoord 'bestemmen'. Deze woorden dienen danook in beginsel verstaan te worden in de zin die het algemeen taalgebruik daaraan toekent.

Van belang is in rechte zich af te vragen wie bestemt en op grond waarvan bestemd wordt. De door middel van een bestemmingsplan gegeven bestemming bindt de burger. Dit, niet in die zin dat deze zijn privaatrechtelijke bevoegdheid in overeenstemming dient te brengen met die bestemming, maar wel in die zin, dat hij gedwongen kan worden zijn zaak af te staan zodat verwezenlijking van die bestemming kan plaats vinden danwel dat hij zich dient te onthouden van handelingen en daden welke die bestemming teniet doen ofwel de bestaande afwijking daarvan vergroten. Dit laatste is, meestal met enige marges, nader uitgewerkt in de over het algemeen opgenomen overgangsbepalingen. De in de Wet op de Ruimtelijke Ordening wortelende bevoegdheid tot het geven van bestemmingen in het kader van een bestemmingsplan, waartoe normaliter de gemeenteraad bevoegd is, geeft dus een de privaatrechtelijke bevoegdheid inperkende werking. Daarentegen wordt bij het bestemmen van een zaak ten openbare dienste juist van een privaatrechtelijke bevoegdheid gebruik gemaakt door de rechthebbende. Waar in de Wegenwet in de artikelen 4 lid 1 sub III en 5 leden 1 en 2 van 'bestemming'

en in artikel 15 lid 1 van 'bestemd' sprake is, wordt geduid op aanwending van de privaatrechtelijke bevoegdheid. Zo dit ten aanzien van wegen effect wil sorteren, dient die privaatrechtelijke bestemming publiekrechtelijk gesanctioneerd te worden door een besluit van de raad der gemeente waarin die weg gelegen is (artikel 5 lid 1). Geeft de raad geen medewerking, dan wordt de weg niet wegenrechtelijk openbaar. Wil de rechthebbende het publiek desniettemin toelaten, dan zou er een voor het openbaar verkeer openstaande weg kunnen ontstaan. Zo dit geschiedt, vindt er een 'gedogen' van twee zijden plaats: de rechthebbende gedooft het publiek — hij kan erop terugkomen —, terwijl de overheid gedooft dat een voor het openbaar verkeer openstaande weg gaat functioneren. De vraag of deze weg zonder meer op het openbaar wegennet aangesloten mag worden, zal nog afzonderlijk aandacht krijgen.

Uit het voorgaande moge duidelijk zijn geworden, dat de bestemming welke ingevolge artikel 5 lid 2 Wegenwet door het Rijk, een provincie en een waterschap zonder medewerking van de gemeenteraad gegeven kan worden aan een weg tot openbare weg, slechts door deze overheidslichamen kan geschieden, indien zij van de desbetreffende weg rechthebbenden zijn. Zij maken gebruik van hun privaatrechtelijke bevoegdheid, niet van een publiekrechtelijke.<sup>31</sup> De Wegenwet kent ten deze geen bevoegdheden toe, zij erkent een de rechthebbende toekomende bevoegdheid. De Memorie van Toelichting<sup>32</sup> wijst er in dit verband op, dat genoemde instanties bij de bevordering van het verkeer niet afhankelijk moeten zijn van de inzichten van de gemeentebesturen. Daarop laat zij even verder volgen: 'Door het bepaalde bij artikel 15, 1, kunnen de gemeenten daarvan geen nadeel ondervinden.' Dat ook de gemeente een haar in eigendom toebehorende weg tot een openbare kan bestemmen spreekt voor zich en blijkt expliciet uit artikel 15 lid 1 Wegenwet.

Met name waar het besluiten van gemeenteraden betreft inzake de bestemming tot openbare weg dient men op zijn 'qui vive' te zijn. Drie situaties kunnen daarbij onderscheiden worden: 1. de raad geeft medewerking als bedoeld in artikel 5 lid 1 Wegenwet aan de bestemming tot openbare weg door een rechthebbende; 2. de raad bestemt op grond van zijn privaatrechtelijke bevoegdheid een weg tot een openbare; 3. de raad stelt in een bestemmingsplan vast dat een bepaald stuk grond de bestemming krijgt van openbare weg. In dit laatste geval maakt de raad gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid, dus niet de bevoegdheid als waarvan de Wegenwet uitgaat. Mocht de gemeente bovendien eigenares van dat stuk grond of die weg zijn, dan is verdedigbaar dat de gemeenteraad tegelijkertijd zowel publiek- als privaatrechtelijk bestemt. Noodzakelijk is dit niet, veel zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Overigens verdient het aanbeveling steeds duidelijk tot uitdrukking te laten komen op grond van welke bevoegdheid welk besluit genomen wordt. Is de gemeente geen eigenares van die grond, dan wordt uiteraard door een raadsbeslissing tot vaststelling van een bestemmingsplan waarbij de bestemming openbare weg voorkomt, geen openbare weg in het leven geroepen. De betekenis van die beslissing kwam hierboven ter sprake.

Over de betekenis van 'gebruik overeenkomstig de bestemming' in artikel 277 gemeentewet kom ik nog afzonderlijk te spreken. Ook zal nader aan

de orde komen in hoofdstuk II onder paragraaf 4 de aanspraak welke de gebruikers op een weg hebben ingevolge de bestemming tot openbare weg.<sup>33</sup>

## TENIETGAAN

Over de wijze waarop een weg ophoudt openbaar te zijn<sup>1</sup> kan ik kort zijn. Artikel 7 der Wegenwet bepaalt: 'Een weg heeft opgehouden openbaar te zijn: I. wanneer hij gedurende dertig achtereenvolgende jaren niet voor eenieder toegankelijk is geweest; II. wanneer hij door het bevoegd gezag aan het openbaar verkeer is onttrokken.' Of men in sub I genoemde geval van verjaring kan spreken, hangt af van de vraag wat men onder verjaring verstaat.<sup>2</sup>

De wetgever laat in deze bepaling indirect blijken, dat een openbare weg wordt verondersteld een voor ieder — uiteraard behoudens beperking van de weg in het gebruik — toegankelijke weg te zijn. Overigens kan, zoals het artikel zelf zegt, een weg dertig jaar lang een openbare weg zijn zonder voor eenieder toegankelijk te zijn. Tengevolge van niet-gebruik (non-usus) gaat de openbaarheid niet teniet.<sup>3</sup> Omtrent het bepaalde in II kan wederom gewezen worden op een aan de Wegenwet ten grondslag liggende gedachte welke niet expliciet door de wetgever tot uitdrukking is gebracht. Er wordt gesproken van onttrekking aan het openbaar verkeer, a contrario redenerend zal een openbare weg een voor het openbaar verkeer openstaande weg zijn.

De eerstgenoemde grond is van feitelijke aard: de weg is dertig jaar lang niet openbaar — in taalkundige zin — geweest. De andere is van formele aard: onttrekking door het bevoegde gezag aan zijn publieke zorg. Dit gezag besluit de weg niet langer meer een ten openbare dienste bestemd — 'openbaar' in juridische zin — waterstaatswerk te laten zijn. Het onttrekken door het bevoegde gezag aan het openbaar verkeer — om de woorden van de wetgever te gebruiken — is in de artikelen 10 t/m 12 der Wegenwet met de nodige waarborgen omgeven. Op de procedure behoeft hier niet te worden ingegaan.

Aandacht verdient de positie van de rechthebbende van de weg. Werd bij de bestemming tot openbare weg de privaatrechtelijke bevoegdheid als uitgangspunt genomen, bij het tenietdoen van die openbaarheid heeft de Wegenwet een op de publiekrechtelijke bevoegdheid steunende regeling geïntroduceerd, waarbij het privaatrecht niet meer meespeelt. De rechthebbende kan daarbij slechts als belanghebbende optreden.

### *Par. 3 De belangrijkste wettelijke bepalingen*

Als afsluiting van dit hoofdstuk moge ik in het kort aangeven welke wettelijke bepalingen van belang zijn bij de behandeling van dit onderwerp.

Het wegenrecht in zijn totaliteit is in vele wetten en verspreid staande bepalingen te vinden.<sup>1</sup> Voor deze studie, welke zich slechts met een bepaald onderdeel van het wegenrecht bezighoudt, is het noodzakelijk kennis te nemen van de reeds meermalen aangehaalde Wegenwet — Wet van 31 juli 1930, Stb. 342, houdende vaststelling van voorschriften omtrent openbare wegen<sup>2</sup> — waarbij voor het civiele recht met name de artikelen 13 en 14 een bijzondere plaats innemen. Bij de vaststelling van deze wet werd artikel 2 van de Waterstaatswet 1900 gewijzigd<sup>3</sup> betreffende het bevrijd worden van het on-



derhoud of het geven van bijdragen tot het onderhoud van een waterstaatswerk, waartoe — dat is bekend — ook een weg wordt gerekend. Inzake de overneming en overdracht van waterstaatswerken geeft de Wegenwet een de Waterstaatswet 1900 aanvullende regeling. Verwezen zij naar de artikelen 1 en 2 Waterstaatswet 1900 en de artikelen 18a t/m 26 Wegenwet.<sup>4</sup>

Belangrijker dan enkele bepalingen van de Waterstaatswet 1900 is, civielrechtelijk gezien, de Verkeerswet tegen lintbebouwing<sup>5</sup>, die, alhoewel zij alleen regels geeft voor wegen onder beheer van het Rijk of op het Rijkswegenplan voorkomende, met name in de artikelen 8 t/m 12 belangrijke richtlijnen inhoudt voor enige onderdelen van deze studie.

Ook in de wegenverkeerswetgeving komen voor deze studie interessante bepalingen voor, zoals de artikelen 131, 132 en 137 van het Reglement verkeersregels en verkeerstekens, terwijl ook verkeerstekens op borden en op het wegdek soms afzonderlijk aandacht vragen.

Het is van belang kennis te nemen van het Rijkswegenreglement. Dit reglement geeft bepalingen van politie betreffende het gebruik maken van wegen en paden, onder beheer van het Rijk. Het dateert van 4 juli 1927 en steunt op de Wet van 28 februari 1891 tot vaststelling van bepalingen betreffende 's Rijks waterstaatswerken.<sup>6</sup>

Daarnaast verdienen aandacht de provinciale wegenreglementen. De bevoegdheid tot vaststelling hiervan ontleenden de Provinciale Staten aan artikel 140 der Provinciale Wet, terwijl die bevoegdheid nu steunt op artikel 90 Provinciewet. Her en der verspreid staande bepalingen zullen terloops worden vermeld.

Dat bij dit alles bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betrokken worden, volgt uit de aard der te behandelen materie.

# eigendom van openbare wegen

## *Par. 1 Inleiding*

Wanneer men wat dieper inzicht tracht te verkrijgen in de positie van de eigenaar van een openbare weg, stoot men op vele problemen. De in het vorige hoofdstuk uiteengezette leer, dat op ten openbare dienste bestemde zaken het privaatrecht van toepassing is, tenzij die bestemming zich daartegen verzet,<sup>1</sup> moge enig houvast geven bij het zoeken naar de oplossing van rechtsvragen, hij blijkt bij nadere bestudering van de eigendom van een openbare weg niet veel uitkomst te bieden. Dit komt reeds meteen aan het licht als men bedenkt hoeveel instanties en personen in relatie tot de openbare weg staan. Ingevolge het wegenverkeersrecht kunnen diverse personen maatregelen nemen betreffende de openbare weg, door de bestemming ten openbare dienste is de beheerder belast met de ganse zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, veiligheid en vrijheid van de weg, de onderhoudsplichtige is belast met het onderhoud van de weg, terwijl daarenboven weggebruikers zich over de weg begeven.

Om tot een inzichtelijke benadering te komen van de eigendom van een openbare weg komt het gewenst voor bij elk van deze hoofdonderscheidingen voorzover relevant<sup>2</sup> na te gaan hoe de bevoegdheden van de eigenaar van een openbare weg zijn afgepaald.

## *Par. 2 De eigenaar van de openbare weg en het wegenverkeersrecht*

Uit de aard van het wegenverkeersrecht volgt, dat de eigenaar van een openbare weg<sup>1</sup> geen bemoeienis heeft met het verkeer noch omgekeerd de verkeerswetgever zich nader inlaat met de eigenaar van de weg. Daar waar in het verkeersrecht de eigenaar tot bepaalde handelingen geroepen wordt, betreft het wegen waarover geen beheer gevoerd wordt door een openbaar lichaam (artikel 131, 132 lid 2 en 137 lid 1 RVV). Aangezien geen openbare weg zonder beheerder is en dit beheer zo goed als steeds in handen van een openbaar lichaam is<sup>2</sup>, staat de eigenaar van de openbare weg geheel buiten de verkeersaangelegenheden.

Het in het verkeersrecht aangewezen gezag neemt die verkeersmaatregelen, die het zelf nodig acht in het belang van de vrijheid van het verkeer en de veiligheid op de weg. De bevoegdheid is discretionair. Soms wordt belanghebbenden de gelegenheid geboden beroep in te stellen, zo in artikel 135 RVV. Deze publiekrechtelijke regeling ziet niet op civielrechtelijke verhoudingen, zij beziet het belanghebbende-zijn in relatie tot de te nemen verkeersmaatregelen. Louter het feit eigenaar van de weg te zijn ten aanzien waarvan een maatregel als genoemd in artikel 132 RVV wordt genomen lijkt dan ook

onvoldoende om aangemerkt te worden als belanghebbende in de zin van artikel 135 lid 3 RVV<sup>3</sup>.

Moeilijker wordt de beantwoording van de vraag naar de relatie tussen de eigenaar van een openbare weg en het gezag dat ten dienste van het verkeer belast is met het nemen van maatregelen op die weg, indien deze instantie niet uit verkeersoverwegingen maar om andere doeleinden te dienen is overgegaan tot het nemen van verkeersmaatregelen (*détournement de pouvoir*). Zo is in de praktijk niet onbekend het geval, dat een weg wordt afgesloten door het daartoe bevoegde gezag om het houden van feesten en tentoonstellingen mogelijk te maken.<sup>4</sup> Staat vast dat de betrokken maatregel niet in het belang van het verkeer genomen is, dan rijst de vraag of de eigenaar van de openbare weg niet kan optreden tegen degene die deze maatregel genomen heeft. De eigenaar is immers wel gehouden ingevolge artikel 14 der Wegenwet het verkeer over de weg te dulden, maar behoeft de weg niet voor andere doeleinden te laten gebruiken. Afgezien van de vraag of de eigenaar wel belang zou hebben bij een optreden tegen de betrokken instantie, ben ik van mening, dat hij tegen ten onrechte getroffen verkeersmaatregelen niet kan optreden. Het is immers niet zijn taak te waken over het verkeersbelang, terwijl de wet hem ook geen waarborgen heeft gegeven tegen zulk onbevoegd optreden van het bevoegde gezag. Dit is een kwestie van alleen de overheid. De hogere overheid moet ten deze uitmaken of en zo ja hoe er opgetreden moet worden ingeval er onjuist gehandeld wordt door het bevoegde gezag. Voorzover er waarborgen in het verkeersrecht zijn gegeven, zoals in artikel 135 RVV, kunnen de gewaarborgden hun toevlucht daartoe nemen. Zijn geen waarborgen gegeven, dan staan de burgers in het vlak van het verkeersrecht machteloos en dient de overheid intern de oplossing te geven. Zo is geschied in de regeling van artikel 137 RVV, waarbij met name te wijzen valt op lid 2. Aan de eigenaar als zodanig is ten deze geen bijzondere positie toegekend; hij staat gelijk met ieder ander.<sup>5</sup>

### *Par. 3 De eigenaar en de beheerder van de openbare weg*

In ons recht is een weg een waterstaatswerk. Duidelijk blijkt dit uit de behandeling van de ontwerpen der Waterstaatswet 1900. De regering uitte zich bij de behandeling van het eerste ontwerp der wet als volgt: 'In het algemeen behooren tot waterstaatswerken die, welke dienen tot instandhouding van den bodem, tot regeling van den stand en den loop van het water en de land- en waterwegen.'<sup>1</sup> De Memorie van Toelichting bij de Wegenwet wijst er eveneens op dat openbare wegen waterstaatswerken zijn, zodat daarop verschillende bepalingen van de Waterstaatswet 1900 van toepassing zijn.<sup>2</sup> De Goede heeft in zijn proefschrift 'Het beheer in het waterstaatsrecht' inzicht verschaft in hetgeen onder waterstaatsrechtelijk beheer dient te worden verstaan. Hij toont aan, dat beheer slechts aan de orde komt, wanneer het werk ten algemene nutte ligt: 'Openbaarheid brengt beheer mee en beheer zonder openbaarheid valt buiten het bereik van het waterstaatsrecht.'<sup>3</sup> Openbaarheid en beheer van waterstaatswerken hangen onverbrekkelijk samen. Is er openbaarheid, dan dient er ook een beheerder te zijn. Het begrip 'beheer' wordt door De Goede diepgaand geanalyseerd. Het zou te ver voeren

hier alle aspecten aan de orde te stellen. Onder verwijzing naar zijn voor deze materie zeer verhelderende studie moge ik me beperken tot enkele hoofdtrekken. Beheer kan omschreven worden als 'de zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid'<sup>4</sup> van het waterstaatswerk. Dit is een publiekrechtelijk beheerste gemeenschapszorg, welke ook in handen van particulieren kan zijn. Een onderscheiding tussen publiek- en privaatrechtelijk beheer van waterstaatswerken is dan ook verwerpelijk. Wel beschikt de overheid over andere middelen bij haar beheersarbeid dan die welke een particulier ten dienste staan. In essentie heeft beheer niets met eigendom uit te staan. Niet wordt ontkend, 'dat in civielrechtelijk opzicht de beheersarbeid aan waterstaatswerken geen uitvloeisel van eigendomsrecht zou kunnen zijn ....., maar wèl dat in het waterstaatsrecht dit uitvloeisel enige rol zou spelen. Beheer, dat in het oog van de eigenaar teruggaat tot de eigendom, is in het oog der overheid beheer op alleen een feitelijke grondslag, met middelen van het publiek recht te beheersen.'<sup>5</sup> De overheid beslist over het algemeen nut van waterstaatswerken. Globaal kan men stellen dat ten aanzien van openbare wegen particulier beheer geheel tot het verleden behoort, aangezien tolwegen nauwelijks meer voorkomen.<sup>6</sup> Beheer is een rechtsbegrip. Het komt eerst voor erkenning in rechte in aanmerking, indien het rechtmatig wordt uitgeoefend. Naar De Goede bij zijn onderzoek is gebleken heeft Scheltema als enige gewezen op de overeenkomst tussen 'beheer' en 'bezit'. Die parallel valt naar zijn oordeel met reden te trekken, aangezien voor beide geldt, dat de feitelijke toestand niet geheel onafhankelijk van rechtsregels kan worden bepaald.

Over het algemeen heeft de wetgever weinig aandacht besteed aan het ten algemene nutte liggen van waterstaatswerken en het beheer daarover. Alleen in de Wegenwet is aan de rechtens verankerde openbaarheid en het beheer van de weg aandacht besteed. Overigens wordt het woord beheer in de Wegenwet niet aangetroffen.<sup>7</sup> Wel wordt in de artikelen 16 en 17 aan gemeenten en waterschappen de taak opgelegd om 'te zorgen', dat de daar met name genoemde wegen 'verkeren in goede staat.' Dit duidt op beheer. De uitwerking die de wetgever aan 'de zorg voor het verkeren in goede staat' heeft gegeven in artikel 18 Wegenwet omvat echter niet het gehele beheer, zodat er onvolledigheid is. Ingevolge dit artikel wordt de gemeente of het waterschap namelijk geacht aan de genoemde verplichting voldaan te hebben: 'I. in het geval dat een ander tot het onderhouden van den weg verplicht is, wanneer diens verplichting is nagekomen; II. in de overige gevallen, wanneer: de weg goed is onderhouden; aard, breedte en lengte van de verharding gelijk zijn aan aard, breedte en lengte van de verharding, zooals die zijn aangegeven in den in artikel 27 bedoelden legger.' Hiermede is *de zorg voor het onderhoud* vastgelegd. Maar andere voorzieningen welke nodig zijn om de weg in stand, bruikbaar, vrij en veilig te houden worden niet als verplichting opgelegd. Dit tekort in de Wegenwet moet men trachten aan te vullen met toch al lacuneuze bepalingen uit het overige waterstaatsrecht. Wat de onderhoudsplicht van particulieren betreft zal men bijvoorbeeld te rade dienen te gaan bij de provinciale wegenreglementen.

Met nadruk wijst De Goede erop, dat beheer geen onderhoud behoeft in te sluiten: onderhoud is een interne kwestie, beheer werkt naar buiten. De beheerder is de verantwoordelijke persoon.<sup>8</sup>

Zoals uit het bovenstaande blijkt is de positie die de beheerder van een openbare weg bekleedt een belangrijke. Enig zicht daarop is noodzakelijk, wil men — ook in het civiele recht — zich een oordeel vormen over de openbare weg en de daarbij betrokkenen. Men kan dan — dat moge duidelijk zijn geworden — niet langs hem heen. Hij is autonoom en handelt naar eigen inzicht; hij is de waterstaatsrechtelijk verantwoordelijke persoon. Moeilijkheden tussen eigenaar en beheerder kunnen ontstaan, wanneer een van beiden zich begeeft op het terrein van de ander. Door de bestemming tot openbare weg treden nieuwe regels in werking, tengevolge waarvan de autonomie van de eigenaar wordt ingeperkt en de zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van die weg gaat behoren tot het werkterrein van de beheerder. Het zou in strijd zijn met des eigenaars rechtsplicht zich alsnog in te laten met die activiteiten. Van de andere kant dient de beheerder zich tot de zojuist genoemde werkzaamheden te beperken. Zo zal hij de bestemming tot openbaar voetpad, rijwielpad enz. hebben te ontzien. Verandering van de weg bijvoorbeeld naar breedte is hem evenmin toegestaan. Gaat de beheerder zijn perken te buiten, dan zal soms de eigenaar hem kunnen aanspreken. Zo zal er normaliter sprake zijn van inbreuk op het eigendomsrecht, indien de beheerder niet voor het verkeer bestemde, maar wel tot de weg behorende terreinen, bijvoorbeeld bermen, bij het normale rijgedeelte betreft. De beheerder zal een onrechtmatige daad ten laste gelegd kunnen worden als hij een tot voetpad bestemde weg tot rijweg maakt.<sup>9</sup> Ook als het beheer, zoals normaliter bij de openbare weg, in handen van een overheidslichaam ligt, zullen acties tegen voornoemde handelingen kunnen slagen. Wel moet er rekening mee worden gehouden, dat de eigenaar zich niet in te laten heeft met de wijze waarop de beheerder zich van zijn taak kwijt. De wijze waarop de beheerder een openbare weg in stand, bruikbaar, vrij en veilig houdt, gaat de eigenaar van die weg niet aan. De beheerder heeft het openbaar nut te dienen, hij doet dat naar eigen inzicht, hij is daarin vrij. Toezicht op zijn werk wordt uitgeoefend door de daartoe door de wet aangewezen personen en die zijn niet de eigenaren. Dat de beheerder soms zeer ver rehtens toelaatbare inbreuk kan maken op iemands eigendom, toont het arrest van de Hoge Raad aan van 12 januari 1923, W 11060 m.n. H.d.J., waarin het niet jegens de eigenaar onrechtmatig werd geacht, dat de beheerder diens dijkpercelen had omgegraven en opgehoogd, een oprel had weggegraven en een watering had dichtgegooid.<sup>10</sup>

Naast de vraag wat beheer inhoudt, staat die naar de persoon van de beheerder. Het is goed hierbij stil te staan, mede omdat dit van belang is voor de materie die in hoofdstuk V ter sprake komt. Evenals met het woord beheer begrippen worden aangeduid, die elkaar in het geheel niet dekken, blijkt ook de term beheerder gebruikt te worden voor personen en instanties wier taakvervulling op geheel verschillende en van elkaar afwijkende terreinen is gelegen. Hetgeen de Wegenwet in artikel 15 bepaalt ten aanzien van het onderhoud van wegen, mag eveneens aangenomen worden voor het beheer daarover.<sup>11</sup> Rijk, provincie, gemeente en waterschap zijn verplicht hun openbare wegen te beheren.<sup>12</sup> Deze overheidslichamen zijn beheerders, zij zijn rechtspersonen en de 'iure publico' verantwoordelijke instanties. Naar binnen ligt het anders. Een interne taakverdeling over verschillende overheidsorganen en/of personen kan niet gemist worden. Aan wie die taak is

opgedragen blijkt soms uit wettelijke bepalingen, soms niet. Zo bepaalt artikel 209 sub h der gemeentewet dat het de taak van het college van burgemeester en wethouders is te zorgen voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van de bij de gemeente in beheer zijnde wegen. Dit artikel bepaalt alleen, zoals De Goede terecht stelt<sup>13</sup>, welk deel der gemeentelijke bemoeiingen voor rekening van burgemeester en wethouders komt. De Provinciewet kent zulk een bepaling niet. Dat de Minister van Verkeer en Waterstaat momenteel intern de eerst aangewezen en verantwoordelijke persoon is ter 'behering' van rijkswegen volgt uit de bepaling der werkzaamheden aan hem opgedragen.<sup>14</sup> Onder hem ressorteert de rijkswaterstaatsdienst. De regeling betreffende de inrichting van de rijkswaterstaatsdienst is opgenomen in de Waterstaatswet 1900. Ter uitvoering van artikel 5, tweede lid, van deze wet is vastgesteld het Organiek Besluit Rijkswaterstaat.<sup>15</sup> In dit besluit is geregeld, dat Rijkswaterstaat belast is met het 'beheer' van landwegen (artikel 2, sub c).

Het verdient derhalve aanbeveling zich er steeds weer rekenschap van te geven op wie bedoeld wordt als er sprake is van beheerder. Nu eens wordt deze term gebruikt voor degene die waterstaatsrechtelijk beheer uitoefent, dus de in het waterstaatsrecht verantwoordelijke instantie, dan weer betreft het degene die intern is aangewezen om 'beheersarbeid' te verrichten. Daarnaast — om het nog moeilijker te maken — treft men ook het begrip beheerder aan voor hem die werkzaamheden verricht, welke geen beheersactiviteiten in waterstaatsrechtelijke zin zijn. Met name wordt ook wel in het spraakgebruik beheerder genoemd hij, die belast is met de zorg voor de veiligheid van het verkeer op de weg, zoals het plaatsen van verkeersborden en verkeerslichten, het aanbrengen van verkeerstekens op de weg enz. De Memorie van Antwoord bij de Wegenwet — weliswaar het begrip beheer niet hanterend, maar hier wel op duidend — moge ik daarbij aanhalen: 'Onder het verkeren in goede staat is het bevorderen van de veiligheid van het verkeer ..... niet begrepen'. Uiteindelijk verdient vermelding de omstandigheid, dat het waterstaatsrechtelijke beheer en de zorg voor de veiligheid van het verkeer intern vaak in handen is gelegd van een en dezelfde persoon of instantie. In de praktijk blijkt dan hij die heeft te zorgen voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van de weg tevens belast te zijn met de zorg voor de veiligheid van het verkeer op die weg. Het Rijkswegenreglement, steunende op de Wet van 28 februari 1891, Stb. 69, tot vaststelling van bepalingen betreffende 's Rijks waterstaatswerken, geeft bepalingen van 'politie' betreffende het beheer in waterstaatsrechtelijke zin.<sup>16</sup> Het Reglement verkeersregels en verkeerstekens geeft regels nopens het verkeer. In beide reglementen is aan de Minister van Verkeer en Waterstaat een rol toegekend, de ene keer omwille van de weg, de andere keer in het belang van het verkeer.

Een fraaie demonstratie van het zojuist gestelde treft men aan in het Reglement verkeersregels en verkeerstekens van 4 mei 1966, Stb. 181, waarbij een nota van toelichting is gepubliceerd. In artikel 131 staat het volgende te lezen: 'Verkeerslichten en verkeerstekens die een gevaar aanduiden dan wel een andere aanduiding bevatten dan de in artikel 132 bedoelde geboden en verboden, worden geplaatst door het openbaar lichaam dat het beheer heeft over de weg of, indien geen openbaar lichaam het beheer heeft, de eigenaar van de weg.' Het gaat om verkeersmaatregelen, dus activiteiten die niet beho-

ren tot het beheer in het waterstaatsrecht. Er is sprake van *het openbaar lichaam*, dat *het beheer* heeft over de weg. Mijs inziens wordt hier geduid op beheer in waterstaatsrechtelijke zin. In de nota van toelichting wordt gesteld, dat uit het feit dat gesproken wordt van 'door het openbaar lichaam' 'dus machtiging verleend (kan) worden aan functionarissen van de provinciale waterstaat, van de politie of van andere gemeentediensten.' Deze toelichting roept vraagtekens op. Niet duidelijk is waarom 'dus machtiging' kan worden verleend en evenmin is helder 'de politie of (.....) andere gemeentediensten.' Afgezien van deze vragen is in dit verband van belang te weten welke instantie het besluit tot die maatregelen dient te nemen en wie de bedoelde tekens plaatst. Op de letterlijke tekst afgaande zou het bord geplaatst moeten worden 'door het openbaar lichaam dat het beheer heeft'. Derhalve door het Rijk, de provincie, de gemeente of het waterschap. Blijft dan nodig te weten *wie* bij deze instanties tot handelen gerechtigd is. Die kennis is niet eenvoudig te verkrijgen. Dit blijkt met name als men artikel 132 in de beschouwing betreft. Dit artikel stelt in lid 1, dat verkeerstekens op borden die een gebod of verbod bevatten slechts geplaatst of verwijderd worden *krachtens een besluit*, genomen 'a. voorzover zij betreffen het verkeer op wegen onder beheer van het Rijk door onze minister; b. voorzover zij betreffen het verkeer op wegen onder beheer van een provincie alsmede op andere wegen, niet onder beheer van het Rijk en buiten bebouwde kommen gelegen, door gedeputeerde staten; c. voorzover zij betreffen het verkeer op andere wegen door de gemeenteraad of krachtens machtiging van de raad door burgemeester en wethouders.' De zinsneden 'wegen onder beheer van het Rijk' en 'onder beheer van een provincie' duiden naar mijn mening eveneens op beheer in waterstaatsrechtelijke zin. De wetgever is slordig te werk gegaan bij het redigeren van deze bepalingen. De praktijk toont aan dat degene die intern feitelijk belast is met de beheerswerkzaamheden en in vele gevallen tevens als onderhoudsplichtige handelt, omdat beheer en onderhoud vaak in één hand zijn, aan de weg ook de nodige borden plaatst of verkeerstekens aanbrengt. In het geval van artikel 131 RVV handelt hij daarbij naar eigen inzicht, neemt hij zelf het besluit; als het gaat om het plaatsen van borden die een gebod of verbod bevatten (art. 132 RVV), behoeft hij daartoe vooraf een besluit van de aangewezen instantie.

Uit het vorenstaande wordt duidelijk, dat het waterstaatsrechtelijk beheer naast de inhoud die het uit zichzelf heeft bovendien een criterium is voor het nemen van maatregelen op verkeersgebied. Dat is niet natuur-noodzakelijk, maar de wetgever heeft het – begrijpelijk – juist geacht deze koppeling tot stand te brengen. Dit geeft nog eens de belangrijke positie aan van de beheerder. Maar het blijft noodzakelijk zich terdege rekenschap te geven van de verschillende, onderscheiden werkzaamheden.

Aan de onderhoudsplichtige van de weg is in de wegenverkeerswetgeving nauwelijks aandacht besteed. In artikel 137 RVV waar gehandeld wordt over het plaatsen van verkeerstekens om spoedeisende redenen, wordt de onderhoudsplichtige van een waterkerende dijk de bevoegdheid tot het tijdelijk plaatsen van verkeerstekens toegekend, indien de toestand van de dijk waarop een weg is gelegen zulks vordert.<sup>17</sup> De constructie kan met betrekking tot de andere wegen zijn, dat de onderhoudsplichtige namens de beheerder handelt (vgl. artikel 137 RVV leden 1 en 5).

Alhoewel enigszins buiten het bestek van deze studie, lijkt het me juist aan het slot van deze paragraaf de vraag aan de orde te stellen naar de sancties welke de beheerder heeft in geval de openbaarheid wordt aangetast, inbreuk wordt gemaakt op de weg, waardoor deze niet meer in stand gehouden kan worden, onbruikbaar of minder bruikbaar, onveilig of minder veilig wordt of waardoor de vrijheid van de weg aangetast wordt. In de praktijk dienen zich talloze gevallen aan. Een eigenaar van een openbaar wegedeelte, waarvan slechts weinigen gebruik plegen te maken, sluit dit af. Zware vrachtwagens rijden af en aan over dorpswegen, eenvoudige land- of dijkwegen, welke tengevolge daarvan in het ongereede geraken. Een eenvoudige verbindingsweg wordt plotseling zeer intensief gebruikt omdat de primaire verbinding wegens herstelwerkzaamheden is afgesloten. Tengevolge hiervan worden de berm van die weg zodanig door het normale verkeer gebruikt dat er gaten langs het wegdek dreigen te ontstaan. Ontzandingswerkzaamheden in een landelijk gebied brengen met zich mede, dat zwaar beladen vrachtwagens landwegen onveilig maken. Transporten van grote omvang en gewicht dienen, zoals dit in het algemeen bij aanbesteding geformuleerd wordt, bij de aanleg van een nieuwe weg plaats te vinden volgens aanwijzing van de directie van het werk. Regelmatig moeten deze transporten plaatsvinden over andere dan bij de opdrachtgever in beheer zijnde wegen welke hierop niet berekend zijn. Evenzeer kan zich het geval voordoen, dat de onderhoudsplichtige — niet zijnde de beheerder — in gebreke blijft zijn verplichtingen na te komen. Welke maatregelen staan de beheerder ten dienste? Zoals met betrekking tot vele facetten van het beheer het geval is, blijkt ook hiervoor geen, op de beheerder als zodanig betrekking hebbende, wettelijke regeling te zijn getroffen. De beheerder heeft te zorgen voor het waterstaatswerk, hij is verantwoordelijk daarvoor binnen de overheidsorganisatie, maar niet duidelijk is wat hij kan doen tegen anderen die zijn activiteiten frustreren, onmogelijk maken, tegenwerken of anderszins tekort doen.

De Goede behandelt deze vraag niet. C.W. van der Pot stelt in zijn uit 1936 daterende artikel 'Beheer van een weg'<sup>18</sup> de vraag 'Met welke middelen zorgt nu de beheerder, dat de weg aan zijn bestemming blijft beantwoorden?' Zijn antwoord moge ik volledig citeren.

'Met middelen van publiekrechtelijken aard Is hij tegelijk eigenaar, wat dikwijls het geval zal zijn, dan heeft hij ook de privaatrechtelijke bevoegdheden van den eigenaar tot zijn beschikking, maar deze hebben met zijn beheer als zoodanig niets te maken. Ook staan niet alle publiekrechtelijke middelen hem zonder meer ten dienste, met name geen verordenende bevoegdheid. De verordenende bevoegdheid met betrekking tot wegen berust bij de verschillende, in het algemeen tot het geven van regelen bevoegde, organen der publiekrechtelijke lichamen, met dien verstande dat de hogere regeling de lagere kan uitsluiten of, wat haar materie betreft, beperken. De vraag, welk lichaam een weg beheert, staat hier geheel buiten.

Voor wat de overige publiekrechtelijke middelen betreft, staat het zoo, dat zij den beheerder steeds in de een of andere regeling zijn toegekend. Een beheerder kan bijvoorbeeld niet als zodanig reeds overgaan tot het tijdelijk sluiten van een weg voor het verkeer, hij ontleent zijn bevoegdheid daartoe aan artikel 10 bis Motor- en Rijwielreglement. Dat voor allerlei handelingen, waarbij een weg betrokken is, een vergunning noodig is van den beheerder, berust ook weer niet op die hoedanigheid zonder meer, maar vloeit voort, voor wat rijkswegen betreft, uit het Rijkswegenreglement, voor wat andere wegen aangaat, over het algemeen uit de provinciale wegenreglementen.'



Van der Pot laat de bevoegdheden van de beheerder tot toepassing van publiekrechtelijke middelen steeds steunen op de een of andere regeling, zoals uit het aangehaalde duidelijk blijkt. Een sluitend geheel is hiermede niet verkregen. Met name niet, omdat daardoor de bevoegdheid van de beheerder als zodanig geen duidelijke inhoud krijgt en omdat terzake van het toepassen van politiedwang — een bevoegdheid welke naar mijn mening de beheerder zeer van pas zou komen — soms regels ontbreken. Damen gaat in zijn proefschrift<sup>19</sup> na, welke meningen er in de literatuur verdedigd zijn betreffende het handhaven van de bestemming van openbare weg door de beheerder. Hij acht het mogelijk daartoe met politiedwang op te treden, ook bij gebreke van een wettelijke bepaling. Hij haalt daarbij Romeijn aan, die stelt dat politiedwang is 'een middel dat noodzakelijk uit de bestuursbevoegdheid voortvloeit, zonder hetwelk het bestuur tot machteloosheid gedoemd zou zijn en dat daarom ook aanwezig moet worden geacht in die gevallen, waarin de wet daarover zwijgt'. In 1954 behandelde de Vereniging voor Administratief Recht voor haar algemene vergadering het onderwerp 'Politiedwang'. Als prae-adviseurs traden op W.F. Prins en H.D. van Wijk.<sup>20</sup> Prins beantwoordt de vraag bevestigend dat de bevoegdheid tot het uitoefenen van politiedwang besloten ligt in de bevoegdheid tot uitvoering met een beroep op historisch materiaal.<sup>21</sup> Hij noemt dit laatste overigens in zekere zin een kwestie van 'croyance'. Van Wijk acht voor de uitoefening van politiedwang steeds een concrete norm nodig, doch de aanwijsbaar te handhaven norm behoeft naar zijn mening niet rechtstreeks in de wet klaar geformuleerd te zijn; de norm dient uit een wetsbepaling afgeleid te kunnen worden.<sup>22</sup>

Ook al ligt het beheer van openbare wegen in handen van overheidslichamen en ook al zijn er voldoende mogelijkheden om normen te ontleen aan wetsbepalingen betreffende de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van de openbare weg, de dagelijkse praktijk toont aan dat toepassing van politiedwang door een beherende overheidsinstantie terzake nauwelijks plaats vindt. Via de 'omweg' van artikel 137 RVV plegen er 'tijdelijke maatregelen' te worden genomen door het plaatsen van een verkeersteken, waarbij het 'dreigend gevaar', bijvoorbeeld te zwaar transport, wordt afgewend. Vervolgens wordt dan aan degene die dit 'gevaar' dreigde te veroorzaken ontheffing ex artikel 138 RVV verleend, waaraan voorwaarden verbonden plegen te worden aangaande te vergoeden schade, herstel van beschadigingen en dergelijke meer. Betreft het zogenaamde B-wegen, dan vindt artikel 123 Wegenverkeersreglement toepassing. De vraag dient gesteld te worden of op deze wijze de bepalingen uit de wegenverkeerswetgeving wel juist worden toegepast. Het heeft er alle schijn van, dat zij worden toegepast voor een ander doel dan waarvoor zij geschreven zijn. Immers, deze bepalingen worden gehanteerd om in het bijzonder op te treden tegen een speciale weggebruiker, terwijl zij voor alle betrokken weggebruikers van kracht zijn. Ook het vereiste van de tijdelijkheid waarvan sprake is in artikel 137 RVV blijkt soms zeer lang uitgerekt te worden. Regelmatig betreft het situaties die jaren lang voortduren. Ter illustratie moge ik aanhalen een Koninklijk Besluit van 8 april 1970 no. 90, waarbij de Kroon vernietigde het besluit van de hoofdingenieur-directeur van de provinciale waterstaat in Zeeland, die — handelende namens gedeputeerde staten in die provincie — ter uitvoering van artikel 137 RVV een weg gesloten had verklaard gedurende een periode van

ongeveer een jaar voor voertuigen die een asdruk van 7 ton te boven gingen. De Kroon achtte dit geen omstandigheid van voorbijgaande aard, welke tijdelijk behoefte deed ontstaan aan het treffen van verkeersmaatregelen.<sup>23</sup> Daarnaast valt er in zijn algemeenheid op te wijzen, dat de Wegenverkeerswet en haar uitvoeringsvoorschriften regelen geven 'nopens het verkeer op de wegen', daarmede een ander doel voor ogen hebbend<sup>24</sup> dan de zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van openbare wegen in de enge zin des woords. Daarenboven kan er meer in het bijzonder op geattendeerd worden, dat degene die tot het treffen van verkeersmaatregelen bevoegd is niet dezelfde instantie behoeft te zijn als de beheerder. Zo zijn buiten bebouwde kommen gedeputeerde staten van de provincie waarin de weg gelegen is de tot het nemen van verkeersmaatregelen bevoegde instantie, ook al is die weg in beheer bij een gemeente (artikel 132 lid 1 sub b RVV).

Blijkt de verkeersrechtelijke omweg bezwaren op te roepen, door het ontbreken van voldoende wettelijke regelen op het terrein van politiedwang vist de beheerder ook hier soms achter het net. Meestal staat in de beheerdersactiviteiten geld op het spel. In de meeste hierboven gegeven voorbeelden wordt dat duidelijk gedemonstreerd. De kosten welke de beheerder zou moeten maken tengevolge van de aangebrachte schade, wenst hij te verhalen.<sup>25</sup> Maar 'algemeen wordt aangenomen dat kostenverhaal niet mogelijk is zonder uitdrukkelijke bepaling in de wet die daartoe machtigt',<sup>26</sup> en 'voor de parate executie, als een van de normale afwijkende wijze van kostenverhaal is stellig wel een uitdrukkelijke wetsbepaling vereist. Het is te betreuren dat de Wegenwet die niet inhoudt ten dienste van gemeenten en waterschappen die op grond van de artikelen 16 en 17 gezorgd hebben dat een weg waarvoor een derde onderhoudsplichtig is, verkeert in goede staat. Wat gemeente of waterschap hier doet moge niet zuiver de figuur van de politiedwang opleveren, de gerechtvaardigdheid van een gemakkelijke wijze van kostenverhaal spreekt hier niet minder, terwijl over de onderhoudsplicht zelve tengevolge van de registratie daarvan in de wegenleggers weinig onzekerheid zal bestaan.'<sup>27</sup>

Zonder melding te maken van de geschriften van Prins en Van Wijk verschaft Damen met betrekking tot de nakoming van de onderhoudsplicht de volgende informatie.

'Het ontwerp-Wegenwet van de Staatscommissie voor de Waterstaatswetgeving bevatte een twaalfstal artikelen die een regeling gaven ter verzekering van de nakoming van de onderhoudsplicht. De Regering heeft deze regeling niet overgenomen omdat zij, zoals blijkt uit de memorie van toelichting, van mening was dat de bestaande wettelijke bepalingen reeds in de behoefte daaraan voorzagen.

Aan de gemeente staan de artikelen 152 t/m 155 en 210 van de gemeentewet ten dienste alsmede artikel 44 en par.14 van de Waterstaatswet 1900. Het waterschap kan de artikelen 1, sub 2 en 3, en 3 sub b van de Bevoegdhedenwet en artikel 14 van de Keurenwet hanteren. Gedeputeerde Staten kunnen ingevolge de artikelen 38 en 42 van de Waterstaatswet 1900 of krachtens de artikelen 153 bis t/m 153 quinquies aan gemeenten, waterschappen en particulieren bevelen de noodzakelijke werkzaamheden uit te voeren en bij nalatigheid politiedwang toepassen. De daaraan verbonden kosten kunnen door parate executie worden verhaald. Enigszins bevreemdend is het, dat het recht van parate executie niet is verleend met betrekking tot het verschuldigde ingevolge de verplichting om in de kosten van het onderhoud van een openbare weg bij te dragen. Hierbij dient echter te worden bedacht dat de gerechtigde, de onderhoudsplichtige – zeker in vroegere jaren – meestal een particulier was.'<sup>28</sup>

Uit dit alles moge het duidelijk zijn, dat indien er sancties ter beschikking staan ten aanzien van de onderhoudsplichtige, deze steunen op de overheidsbevoegdheid, niet op die van beheerder.<sup>29</sup> Overigens staan zelfs de overheidslichamen — tevens beheerders — geen middelen van administratiefrechtelijke aard ter beschikking om op te treden tegen inbreuken op de openbare weg door derden, als waarvan hierboven verschillende voorbeelden gegeven werden en welke zich in de praktijk steeds weer voordoen. Dit is een in hoge mate te betreuren tekort, ter oplossing waarvan spoedig wettelijke mogelijkheden geboden zouden moeten worden.

Ten aanzien van de aantasting van de openbaarheid verdient aandacht het vonnis van de Rechtbank te Breda van 4 december 1956.<sup>30</sup> Een zekere Van Velzen had een poort gebouwd waardoor een openbare weg te Putte afgesloten kon worden. Het college van burgemeester en wethouders gelastte hem dit bouwwerk te slopen bij gebreke waarvan politiedwang zou volgen. Daarna wendde Van Velzen zich tot de Rechtbank teneinde bevel en dreigement onrechtmatig te laten verklaren. Nadat de Rechtbank vastgesteld had dat het i.c. een openbare weg betrof overwoog zij verder onder meer:

‘dat een openbare weg aan het openbaar verkeer rechtens slechts vermag te worden onttrokken op een der wijzen als dienaangaande voorzien in de Wegenwet, onder welke wijzen niet valt te brengen dat een particulier persoon zulk een weg louter middels een poort afsluit;

O. dat eiser derhalve niet gerechtigd is de onderhavige weg middels de omstreden poort af te sluiten voor het openbaar verkeer;

O. dat het tot de taak der Overheid behoort te waken tegen zodanige onttrekking van een openbare weg aan het openbaar verkeer, ter vervulling van welke taak de Overheid de verwijdering dier poort kan gelasten.’ Eisers vordering werd ontzegd.

Deze uitspraak dient van enkele kanttekeningen te worden voorzien. Eerst overweegt de Rechtbank, dat het louter afsluiten middels een poort niet is een wijze via welke een openbare weg aan het openbaar verkeer onttrokken kan worden. Vervolgens stelt de Rechtbank, dat eiser *derhalve* niet gerechtigd was middels die poort de weg af te sluiten. Deze overweging sluit niet aan op de vorige. Eiser kon de weg niet aan het openbaar verkeer onttrekken. Middels die poort werd de weg dan ook niet aan het openbaar verkeer onttrokken. De weg bleef dus ook na afsluiting door die poort openbaar. Rechtens was in die redenering onttrekking aan het openbaar verkeer in het geheel niet aan de orde. Niet bepalingen van de Wegenwet waren dan ook in het geding, maar van het Wetboek van Strafrecht. De onderhavige weg werd versperd — ook de Rechtbank spreekt zelf even eerder dan de bovenaangehaalde overwegingen van ‘versperring’ — waarop straf bedreigd wordt in de artikelen 162, 163 en 427, 6° Wetboek van Strafrecht. De vraag die derhalve aan de orde had dienen te komen was deze: was i.c. het college van burgemeester en wethouders van Putte bevoegd politiedwang toe te passen in geval van overtreding van een dezer artikelen uit het Wetboek van Strafrecht? Op deze vraag ben ik geneigd te antwoorden, dat in zijn algemeenheid een gemeente- of provinciaal bestuur behoudens uitdrukkelijke wetsbepaling niet bevoegd is door middel van politiedwang naleving van bepalingen in het Wetboek van Strafrecht te bewerkstelligen.<sup>31</sup> Een zo vergaande uitbreiding van artikel 94 Provinciewet inzake ‘het vorderen’ van medewerking en artikel 151 gemeen-

tewet 'wanneer ter uitvoering ..... door het gemeentebestuur moet worden medegewerkt' dat ook de bepalingen van het Wetboek van Strafrecht geacht moeten worden zulks te doen, is mijns inziens onaanvaardbaar. Moeilijk verdedigbaar lijkt me ook de veronderstelling, dat het college van burgemeester en wethouders van een onder het beheer van de gemeente vallende weg i.c. op grond van het bepaalde in artikel 209 sub h gemeentewet met politiedwang zou kunnen optreden tegen hem die de weg verspert. Dit artikel geeft aan wat tot de taak van burgemeester en wethouders behoort, maar dit artikel als zodanig verschaft geen bevoegdheid tot optreden met politiedwang. Anders gezegd: artikel 209 gemeentewet vordert geen medewerking tot uitvoering van een wet (b.v. strafwet), algemene maatregel van bestuur, provinciaal reglement of verordening.

De vraag rijst of desniettemin met politiedwang tegen voornoemde Van Velzen opgetreden had kunnen worden. Het schept immers een alleszins onbevredigende situatie, indien louter op grond van een strafrechtelijk proces tegen toestanden als deze handelen mogelijk zou zijn. Damen wijst er op,<sup>32</sup> dat was gehandeld in strijd met het provinciaal wegenreglement. In alle provinciale wegenreglementen zijn bepalingen opgenomen, welke naar aard, strekking en inhoud overeenkomen met artikel 5 lid 1 sub d van het Rijkswegenreglement, waarin het zonder vergunning verboden is van de rijkswegen gebruik te maken, 'tot het plaatsen en laten staan van gebouwen of andere getimmerten, banken, muren, hekken, heiningen, afrasteringen, schotten en schuttingen'. De provinciale wegenreglementen zijn over het algemeen van toepassing op openbare wegen die geen rijkswegen zijn en gelegen zijn buiten de bebouwde kommen als bedoeld in artikel 27 lid 2 van de Wegenwet. In gemeentelijke APV's komen soms bepalingen voor van gelijke strekking voor 'gemeentewegen'. Afgaande op de mededeling van Damen, meen ik dat niet het college van burgemeester en wethouders van Putte tot handelen bevoegd was — dit werd niet tot handhaving van het provinciaal wegenreglement geroepen — maar gedeputeerde staten van Noord-Brabant. Politiedwang kon worden uitgeoefend, niet door het college van burgemeester en wethouders van Putte, maar door gedeputeerde staten van Noord-Brabant, aangezien dit college op de naleving heeft toe te zien. Van Wijk wijst er terecht op, dat de geschreven bepalingen betreffende politiedwang 'niet alleen nut (hebben) tot wegneming van onzekerheid omtrent het bestaan van de bevoegdheid, maar ..... indien niet uitsluitend dan toch mede de strekking hebben de bevoegde organen aan te wijzen.'<sup>33</sup> De Rechtbank te Breda liet dit aspect onaangevoerd. In tegenstelling tot hetgeen Damen blijkbaar aanneemt, komt mij optreden met politiedwang van het dagelijks bestuur van de gemeente Putte onjuist voor.

Als het gaat om kostenverhaal jegens anderen dan de onderhoudsplichtige, zoals vaak het geval is bij schade aan wegen, ontbreekt het de beheerder meestal aan uitdrukkelijke wetsbepalingen. Of de beheerder dan op grond van het privaatrecht mogelijkheden heeft, is een vraag welke bij de behandeling van de aansprakelijkheid voor schade tengevolge van de toestand van de weg in hoofdstuk V terloops aan de orde zal komen. Overigens moet bij dit alles in ogenschouw genomen worden, dat indien politiedwang de beheerder ter beschikking zou staan en indien hij schade langs privaatrechtelijke weg vergoed zou kunnen krijgen, hij daarmee, indien hij niet over middelen tot

'beletten' beschikt, over het algemeen slechts tot een repressief optreden in staat is, terwijl juist een preventief handelen het meest wenselijk is. De beheerder moet kunnen voorkomen dat de openbare weg kapot gereden wordt door verkeer dat in verhouding tot de weg te zwaar of te intensief is. In feite dus verkeer dat niet is overeenkomstig de gesteldheid van de weg of het gebruik dat van die weg pleegt te worden gemaakt, zoals artikel 6 Wegenwet het uitdrukt. De beheerder als zodanig dienen daarom daartoe geëigende middelen toegekend te worden van publiekrechtelijke aard, waarmee hij deze 'gevaaren' kan keren.<sup>34</sup> Zou het omwille van uniformiteit en gemakkelijke kenbaarheid gewenst zijn hem daartoe de bevoegdheid toe te kennen tot het aanbrengen van verkeersborden die een gebod of verbod inhouden, dan behoeft dit geen bezwaar te ontmoeten.<sup>35</sup> Dit zou op een eenvoudige wijze een spoedige oplossing kunnen geven. De vraag of de eigenaar in casu tegen derden zou kunnen optreden, komt in de volgende paragraaf aan de orde.

Over de verhouding van de beheerder tot het verkeersrecht is een laatste opmerking hier op zijn plaats. Evenals gesteld is ten aanzien van de bevoegdheid van de eigenaar, kan ook ten aanzien van de beheerders bevoegdheid erop gewezen worden, dat deze geen bemoeienis heeft met het wegenverkeersrecht. Het object van de beheerders zorg is de openbare weg als zodanig. Deze weg staat ten dienste van het verkeer, hij is er primair omwille van het verkeer. De zorg voor de weg is een eigenstandige, maar zij staat in het totaal beeld als een onderdeel van de gehele overheidszorg voor het verkeersbelang.<sup>36</sup> Dit belang regelt de overheid vanuit een algehele verkeersoptiek. De goede gang van het verkeer is daarbij de alles-beheersende overheidszorg, waarvan de goede verkeersbaan een belangrijk onderdeel is. De beheerder dient te handelen binnen dit onderdeel, binnen de bestemming van verkeersbaan te land. Mocht hij te ver gaan, dan kan hij soms intern ter verantwoording worden geroepen. Als zodanig kan bijvoorbeeld optreden de gemeenteraad wanneer het gaat om een handelen van burgemeester en wethouders terzake van een weg in beheer van de gemeente. Of daarnaast de beheerder civielrechtelijk door derden aangesproken kan worden, indien zijn handelen voor dezen gevolgen heeft of kan hebben, wordt nagegaan in hoofdstuk V.

#### *Par. 4 De eigenaar en de gebruiker van de openbare weg*

In dit onderdeel komen diverse vragen aan de orde, welke enerzijds tot de moeilijkste van de onderhavige studie behoren en anderzijds in de praktijk menigvuldig van zich laten spreken. De materie is ingewikkeld en onoverzichtelijk. Systematiek ontbreekt geheel, terwijl de incidentele oplossingen over het algemeen elkaar zo tegen spreken, dat er altijd wel voor welk standpunt dan ook enig houvast is te vinden. Daar er hier getracht wordt tot een meer integrale benadering te komen omtrent de verhouding tussen de eigenaar en de gebruiker van de openbare weg en in samenhang daarmee de positie van de gebruiker ten opzichte van andere met de openbare weg in relatie staande instanties worden enige zaken aangesneden die op een andere plaats wellicht meer zouden thuishoren. Het zoeken naar enige systematiek ten deze heeft mij er toe gebracht relevante elementen hier ter sprake te brengen. Daarvan uitgaande bleek het gewenst bij de beschouwingen omtrent dit onderwerp

niet vanuit des eigenaars positie te werk te gaan, maar de gebruiker danwel het gebruik als basis te hanteren en daaruit conclusies te trekken voor anderen, zoals de eigenaar.

In eerste instantie wordt nagegaan of de gebruiker van de openbare weg een recht van of op gebruik van die weg heeft. Het spreekt voor zich, dat indien zulks het geval mocht zijn ook de eigenaar de invloed daarvan ondergaat. Dient geconcludeerd te worden, dat de gebruiker zulk een recht niet toekomt, dan rijst de vraag wat voor positie hij dan wèl inneemt. Bij de bestudering van dit geheel wordt niet nader ingegaan op het soort gebruik. De benaderingswijze is van meer theoretische aard en beperkt zich tot het algemene of normale gebruik. Daarna komt aan de orde de vraag naar de juiste inhoud van het gebruik. Men kan een openbare weg op diverse wijzen gebruiken, men kan hem zelfs misbruiken. Wat algemeen of normaal gebruik is dient getoetst te worden aan feiten en recht. Daarnaast blijkt ook bijzonder gebruik van de openbare weg mogelijk te zijn. Worden aan dit gebruik grenzen gesteld en zo ja, door wie? In het bijzonder gebruik kunnen bovendien gradaties gemaakt worden naargelang de feitelijke functie van de openbare weg: welke maatstaven dienen hier aangelegd te worden? Wie bepaalt deze? De nu volgende uiteenzettingen zijn uit de aard der te behandelen stof toegespitst op het gebruik van de openbare weg. De uitkomsten ervan kunnen wellicht mede dienstbaar gemaakt worden ter beantwoording van vragen welke zich ook voordoen ten aanzien van andere ten openbare gebruike bestemde zaken, waarbij met name aan de openbare (vaar)wateren te denken valt.

## RECHT VAN GEBRUIK OF RECHT OP GEBRUIK

Zeer omstreden is het antwoord op de vraag of de gebruikers van een openbare weg een recht van gebruik op die weg hebben. De vraag of er van een subjectief recht van gebruik op een openbare weg kan worden gesproken is om twee redenen van belang. De gebruiker zal zich tegenover de eigenaar van de weg op dit recht kunnen beroepen, indien de eigenaar het gebruik zou aantasten, de eigendom is dus ingeperkt door dit recht van de gebruiker. Bovendien staat de gebruiker sterk ten opzichte van derden die inbreuk op zijn recht maken, waarbij met name te denken valt aan de overheid, speciaal in haar kwaliteit van beheerder van de weg.<sup>1</sup>

Het antwoord op de vraag naar het recht van gebruik op de openbare weg van hen die deze overeenkomstig zijn bestemming gebruiken, kan langs verschillende wegen gezocht worden. Gaat men na wat er over het algemeen onder een subjectief recht wordt verstaan, dan blijkt dit slechts aangenomen te worden indien de norm welke het belang beschermt niet een is die iedere groepsgenoot gelijkelijk dient, maar die aan een rechthebbende een speciale bescherming verleent. Het dient een bevoegdheid te zijn die een speciaal en zelfstandig karakter draagt zodat zij noch eenieder toekomt noch regelmatig aan een bepaalde rechtsbetrekking verbonden is. Niet voldoende is, dat het objectieve recht iemands belang beschermt en daarnaast de belanghebbende een actie geeft, waarmede hijzelf voor zijn belang kan opkomen.<sup>2</sup> Toetst men dit aan het gebruik van een openbare weg, dan blijkt dat er niet van een subjectief recht van gebruik gesproken kan worden, aangezien de

norm van artikel 14 lid 1 der Wegenwet iedere verkeersdeelnemer ('alle verkeer') gelijkelijk dient zonder een speciale bescherming aan een rechthebbende te verlenen of een bevoegdheid met een speciaal en zelfstandig karakter in het leven te roepen. Vraagt men welke rechten als subjectieve rechten worden aangemerkt dan blijkt de jurisprudentie als zodanig te erkennen de zakelijke rechten, de absolute niet-zakelijke rechten en de rechten op leven, lichamelijke integriteit, vrijheid, eer e.d. (persoonlijke rechten)<sup>3</sup>. Het feit dat men een ten openbare dienste bestemde zaak als de openbare weg mag 'gebruiken', kan noch als een zakelijk recht ten aanzien van die zaak noch als een persoonlijk recht jegens de eigenaar met betrekking tot die zaak gezien worden. Er is geen zakelijk recht van gebruik, omdat dit niet is gevestigd of ontstaan overeenkomstig door de wet voorgeschreven regelen. Het wordt niet aangemerkt als een absoluut niet-zakelijk recht. Er is geen persoonlijk recht, omdat tussen eigenaar en gebruiker geen overeenkomst daaromtrent gesloten is noch de wet zulk een recht aan de gebruiker toekent. Lid 1 van artikel 14 Wegenwet heeft zulk een relatie tussen eigenaar en gebruiker niet tot stand wensende te brengen, getuige ook de Memorie van Toelichting, waarin wordt gesteld<sup>4</sup> dat dit beginsel slechts een uitgangspunt formuleerde dat van oudsher bestond om daarna aan te geven wat de rechthebbende nog meer had te dulden. Met Van der Grinten<sup>5</sup> stem ik in, dat in de civiele rechtssfeer de bevoegdheid om gebruik te maken van een ten openbare dienste bestemde – in casu een ten gebruike van iedereen bestemde – zaak geen subjectief recht is.<sup>6</sup> Over het recht op leven, lichamelijke integriteit, vrijheid, eer e.d. kom ik hieronder nog te spreken, voorzover dat van belang is.

Vele schrijvers hebben naar aanknopingspunten in de publieke rechtssfeer gezocht ter beantwoording van de vraag wat voor soort bevoegdheid de gebruiker van een ten openbare dienste bestemde zaak toekomt. De Haan<sup>7</sup> houdt, evenals R.J. Polak<sup>8</sup>, die bevoegdheid voor een subjectief publiek recht, daarbij in een noot aantekendend dat de visie van Vegting het gebruiksrecht van het publiek op openbare zaken te beschouwen als een onderdeel van het meer algemene subjectieve recht op persoonlijke bewegingsvrijheid te algemeen gesteld is. Met Vegting stemt Damen<sup>9</sup> overigens volledig in, nadat deze vermeld heeft, dat Schepel en Scheltema de openbaarheid een recht achten van het publiek om de weg ongestoord te gebruiken. Wordt daarmee bedoeld, aldus Damen, een recht zoals het recht op vrijheid van persoon, op eigen leven, dan bestaat daartegen geen bezwaar. 'Verlangt men, aldus Donner<sup>10</sup>, om van een recht te kunnen spreken, de aanwezigheid van een rechtsmiddel, dan is het in de meeste gevallen wel zeer de vraag of dit spraakgebruik naar Nederlands recht verantwoord is'. Aan Donner toegevend, dat formeel geen rechtsmiddel aanwezig is, plaatst van der Linden<sup>11</sup>, die uit artikel 14 der Wegenwet een gebruiksrecht afleidt, deze figuur in de sfeer van de grondrechten, op grond waarvan het dan geen bezwaar meer zou ontmoeten van een recht te spreken.

Vooreerst lijkt het mij gewenst na te gaan of de gebruikers van een openbare weg een subjectief publiek recht toekomt. Wordt deze vraag bevestigend beantwoord, dan is het met name in het kader van deze studie van belang te weten, of dat subjectief publiek recht is een recht als bedoeld in de door de Hoge Raad in 1919 gegeven formulering omtrent het begrip onrechtmatige daad in artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek. Valt onder 'inbreuk op eens

anders recht' ook dit subjectief publiek recht, dan is de positie van de gebruiker van een openbare weg 'in civilibus' sterker dan wanneer zulks niet het geval is. Mocht komen vast te staan dat weliswaar van een subjectief publiek recht gesproken moet worden, maar dat dit niet inhoudt een recht als zojuist aangeduid in de leer van de Hoge Raad, dan rijst in het kader van dit geschrift de vraag of aan zo'n subjectief publiek recht in de civiele rechtssfeer toch aparte gevolgen worden toegekend danwel dienen toegekend te worden.

Het is hier niet de plaats om een onderzoek in te stellen naar het begrip subjectief publiek recht en een analyse te geven van diverse soorten subjectieve publieke rechten. Wel wordt het als een gemis gevoeld, dat er tot nu toe nog geen enkele studie gewijd is aan het subjectief publiek recht in ons rechtssysteem noch anderszins ook maar enigermate is komen vast te staan wat de vereisten zouden moeten zijn om te kunnen spreken van een subjectief publiek recht naar Nederlands recht en welke gevolgen aan dat recht verbonden zouden moeten zijn. Aan eenieder, die deze term gebruikt dient men te vragen tegelijkertijd aan te geven wat hij daaronder verstaat. Om enige indruk van de verwarring op dit gebied te geven volgen hier enkele opvattingen. Van Apeldoorn onderscheidt niet tussen subjectieve private en publieke rechten, maar kent subjectieve rechten, welke weer verdeeld kunnen worden in absolute en relatieve, waarbij hij alle publieke rechten rangschikt onder de absolute rechten. Van die publieke rechten zegt hij: 'dus al die subjectieve rechten welke gegrond zijn in het objectieve publiekrecht'; daaronder vallen dan 'de zogenaamde grond-, vrijheids- of mensenrechten, de in de Grondwet omschreven rechten der burgers, die hun in verschillende opzichten vrijheid van handelen toekennen en voor ieder, ook voor de overheidsorganen, de verplichting medebrengen zich van inbreuk daarop te onthouden'. En verder: 'Publieke rechten zijn ook de aan de Staat tegenover de burgers toekomende rechten, voor zover deze voortvloeien uit het objectieve publiekrecht, zoals het recht van strafoplegging tegenover de overtreder der strafwet, het recht van belastingheffing, het recht om onder zekere voorwaarden goederen van de burgers ten algemene nutte te onteigenen enz.'. <sup>12</sup> Bellefroid <sup>13</sup> onderscheidt de subjectieve rechten onder meer in publieke en private. Ten aanzien van de eerste stelt hij, dat deze 'meestal aan den staat en de andere openbare lichamen (zijn) voorbehouden'. 'Er bestaan echter ook publieke rechten, welke aan bijzondere personen toekomen, bijvoorbeeld het pensioenrecht en het kiesrecht'. Donner sluit enkele terzake gemaakte korte opmerkingen als volgt af: 'al blijft men dan over de juistheid van het spreken van subjectieve publieke rechten tegenover de wetgever twisten, die aarzeling behoeft niet te bestaan tegenover het bestuur' <sup>14</sup>. 'Die rechten zijn van zeer uiteenlopende aard en kracht. Naast rechten, die men onmiddellijk aan zijn Nederlanderschap of ingezetenschap ontleent zoals de grondrechten en het kiesrecht, zijn het meestal rechten op een bepaald doen of een bepaald nalaten vanwege het bestuur, welke zich gronden op de wet of op het ongeschreven recht'. <sup>15</sup> Suijling gaat er ook van uit, dat alleen de burger een subjectief publiek recht bezit en acht 'de eenige individuele bevoegdheid, die naar ons huidig positief recht, in den vollen zin des woords den naam van publiekrechtelijk subjectief recht verdient (.....) de aanspraak op de rechtshulp van een onafhankelijken rechter tegen onrechtmatige uitoefening van overheidsgezag'. <sup>16</sup>



In de Duitse literatuur heeft het subjectief publiek recht sinds lang een niet onbelangrijke hoeveelheid stof tot studie opgeleverd. Communis opinio is evenwel ook daar (nog) niet omtrent het begrip 'subjektives öffentliches Recht' tot stand gekomen. Een belangrijke uiteenzetting heeft G. Jellinek gegeven in zijn van 1892 daterende geschrift 'System der subjektiv-öffentlichen Rechte', dat tot op de dag van vandaag grote invloed heeft op inzicht en meningsvorming omtrent het subjectief publiek recht.<sup>17</sup> Door zijn onderdanigheid aan de Staat wordt de mens naar verschillende zijden gekwalificeerd. De betrekkingen waarin de mens tot de Staat kan staan, plaatsen hem in een reeks juridisch relevante toestanden. De aanspraken nu, die uit deze toestand voortvloeien duidt men aan als subjectieve publieke rechten. Uit de positie van onderworpen-zijn aan de Staat (status subjectionis) komen drie verschillende toestanden voort. 1. De status libertatis, ook wel status negativus geheten, duidende op de individuele vrijheidssfeer van de mens. 2. De status civitatis of positivus, op grond waarvan de burger bepaalde activiteiten en prestaties in concreto van de Staat kan opeisen. 3. De actieve status – der Status aktiver Zivität, door anderen dan Jellinek ook status activus genoemd – in welke toestand degene zich bevindt, die tot uitoefening van de zogenaamde politieke rechten gerechtigd is: de burger krijgt de bevoegdheid als staatsorgaan te kunnen handelen, met name actief en passief kiesrecht. Hiermede is heel in het kort de opbouw van het door G. Jellinek gedachte systeem weergegeven.<sup>18</sup> In Duitsland is dit systeem door verschillende schrijvers als uitgangspunt gekozen, zij het dat allerlei varianten daarop zijn aangebracht. Zo wil Laband het actieve en passieve kiesrecht niet tot de subjectieve publieke rechten rekenen, waartegen Bühler zich teweer stelt. Richter neemt het begrip subjectief publiek recht ruimer dan Jellinek en rekent daartoe ook de concrete bevelsrechten van het openbaar bestuur.<sup>19</sup>

Over het gebruik van ten openbare dienste bestemde zaken geeft Jellinek een uiteenzetting in Hoofdstuk VI van het algemeen deel van het aangehaald geschrift waar hij bespreekt 'Reflexrecht und subjektives Recht'. Hij zegt daarvan:

'Blosse Reflexwirkungen sind (.....) in der Regel die "Rechte" auf den Gebrauch öffentlicher Sachen und Anstalten. Die Öffentlichkeit derartiger Objekte besteht in den Rechtssätzen, welche die Zulassung des Publikums zu ihren Gebrauche gebieten'.

Nadat hij deze stelling aan de hand van enige voorbeelden heeft toegelicht, vervolgt hij:

'Anders verhält es sich mit den öffentlichen Sachen und Anstalten, welche es in dem Sinne sind, dass sie durch Statuierung eines Kontrahierungszwanges jedermann zugänglich sind. Und zwar ist es für derartige Objekte gleichgültig, ob sie dem Staate, Korporationen oder Privaten angehören (Posten, Telegraphen, Telephone, Eisenbahnen, Theater, öffentliche Lohnfuhrwerke u.s.w.). Bei diesen besteht die Öffentlichkeit nur in der Verpflichtung, mit jedermann unter bestimmten Bedingungen ihrem Inhalte nach im vorhinein fixierte Rechtsgeschäfte abzuschliessen, aus welchen Individualrechte auf ihre Benutzung streng privatrechtlichen Charakters entstehen.'

Een andere mogelijkheid bestaat ook:

'Ein individueller publizistischer Anspruch auf Benutzung öffentlicher Anstalten wird nur

dann möglich sein, wenn der Staat individualisierende Bedingungen hierfür festsetzt, z.B. den Nachweis der Maturitätsprüfung für den Besuch einer Universität.'

Wat verstaat Jellinek nu onder een 'Reflexrecht'? Door twee alinea's uit genoemd hoofdstuk te citeren kan dit duidelijk worden:

'Von jedem Satze des objektiven Rechtes ist es nun selbstverständlich dass er staatlichen Zwecken dienen muss. Die Rechtsordnung hat Bestandteile, die im individuellen Interesse da sind, aber nur insofern als die Förderung des Individualinteresses als ein Gemeininteresse sich darstellt.

Indem nun die Rechtssätze des öffentlichen Rechtes im Gemeininteresse den staatlichen Organen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen gebieten, kann das Resultat dieser Aktion oder Nichtaktion bestimmten Individuen zu gute kommen, ohne dass die Rechtsordnung beabsichtigte, die Rechtssphäre gerade dieser Personen zu erweitern. In solchen Fällen wird man von einer Reflexwirkung des objektiven Rechtes reden können (.....)'

De heersende leer in de Duitse literatuur is, dat de gebruikers van een ten openbare dienste bestemde zaak geen subjectief publiek recht op dat gebruik hebben. Men ziet

'den Gemeingebruch als einen Reflex des objektiven Rechts, d.h., die Benutzer betätigen nicht subjektive Rechte beim Ausüben des Gemeingebruchs, "sondern die Sachen stehen ihnen vielmehr tatsächlich zur Benutzung offen, soweit dies auf Grund des objektiven Rechts und des Sachbestandes jeweils gegeben und bei der entsprechenden Verwaltung der öffentlichen Sache möglich ist"',<sup>20</sup>

Een afwijkende mening — waarmede hij nagenoeg alleen staat — heeft Forsthoff;<sup>21</sup> hij acht de tegen het *recht* op gebruik aangevoerde argumenten van niet doorslaggevende aard en stelt, dat het deelnemen van het individu aan het 'Gemeingebruch' zodanig rechtens vastligt, dat dit als een recht kan betiteld worden.

'Sie (die Teilnahme) stellt eine spezielle Konkretisierung des allgemeinen Rechts auf Teilhabe an den Staatsleistungen dar'.

In een noot bij de negende druk tekende hij hierbij aan<sup>21</sup>:

'Deshalb ist es auf die Staatsgenossen beschränkt. Ein Teilhaberecht der Ausländer am Gemeingebruch lässt sich nicht begründen und ist abzulehnen. Sie nehmen am Gemeingebruch nur vergönungsweise teil'.

Enige kanttekeningen lijken hierbij op zijn plaats. Forsthoff laat zich bijzonder vaag uit over de motivering van dat 'recht'. Is het wel een subjectief publiek recht in zijn visie? Dat valt te betwijfelen, alhoewel hijzelf het tegendeel stelt, als men leest wat op blz. 186 staat:

'Unter dem subjektiven öffentlichen Recht ist also die Schutzfunktion einer dem Einzelnen durch Norm oder Rechtsgeschäft gewährten Rechtsposition zu verstehen, das Vermögen, vom Staate oder einem sonstigen Träger öffentlicher Verwaltung ein dieser Rechtsposition entsprechendes, konkretes Tun oder Unterlassen verlangen zu können.'

Hij wil geen 'Reflexrecht' aannemen, omtrent welke rechten hij elders stelt:

'Als Reflexrechte, besser Rechtsreflexe sind diejenigen Auswirkungen von Rechtsnormen

Daarnaast rijst de vraag, waarop hij het aanvankelijk door hem gemaakte onderscheid stelde tussen de positie van de staatsburger en de buitenlander, waar de wet zulks niet doet. Bovendien maakt hij niet duidelijk het verschil in ontstaan en inhoud van het recht van de een en van de quasi-vergunning van de ander. In de tiende druk spreekt hij dan ook niet meer hierover.

Bij de in de Duitse literatuur in grote lijnen verdedigde opvattingen ben ik wat nader blijven stilstaan, omdat het een in ons recht braak liggend terrein betreft. Hoeveel visies er ook door schrijvers in ons land naar voren zijn gebracht, het is nooit méér geweest dan een oppervlakkige beschouwing danwel het meer of minder vaag poneren van een stelling en in ieder geval niet een duidelijke en diepgaande uiteenzetting omtrent het gebruik dat eenieder van een openbare weg kan maken. Hierboven heb ik een korte staalkaart van diverse uitspraken geëtaleerd.

De conclusie uit het voorgaande is duidelijk: in de civiele rechtssfeer kan het gebruik dat het publiek van ten openbare dienste bestemde zaken maakt niet als een subjectief recht aangemerkt worden, terwijl van een enigermate uitgekristalliseerd begrip subjectief publiek recht voor het Nederlands recht (nog) helemaal geen sprake is noch de typologie van zulk een begrip aangeduid is. Het heeft dan ook geen enkele zin het publiek een subjectief publiek recht in ons rechtsbestel toe te denken op de openbare weg. Daarnaast blijft staan de vraag of men hiermede zoveel verder zou komen. In het Duitse recht, waar met betrekking tot de begripsvorming en systematisering der subjectieve publieke rechten de meeste en meest diepgaande studies zijn gemaakt, houdt de heersende leer 'das Gemeingebruch' niet voor 'ein subjektives öffentliches Recht' maar voor 'ein Reflexrecht'.

Moeten wij nu maar aannemen, dat de gebruiker als zodanig van een openbare weg geheel rechteloos is? Afgezien van de mogelijkheden welke iedere burger geboden zijn in de staatsrechtelijke sfeer — te denken valt aan het recht van petitie en het benaderen van een volksvertegenwoordiger tot het stellen van vragen — ben ik van mening, dat privaatrechtelijk de gebruiker van een openbare weg enige positie toegekend dient te worden. Daarvoor kom ik nogmaals terug op hetgeen in artikel 14 lid 1 der Wegenwet bepaald is: 'Behoudens de beperkingen in het gebruik, als bedoeld in artikel 6 en behoudens het bepaalde bij het volgende lid, hebben de rechthebbende op en de onderhoudplichtige van een weg alle verkeer over den weg te dulden'. Met deze bepaling wilde de wetgever, het is reeds eerder opgemerkt, slechts een bestaand beginsel vastleggen, niet een nieuw principe in het leven roepen. Het zou voor merkwaardig gehouden kunnen worden, dat in deze bepaling de beheerder niet genoemd wordt, terwijl ook bij de behandeling van het ontwerp van deze wet met geen woord over hem gerept is. Niets wijst erop, dat deze figuur niet genoemd is, omdat men hem wilde uitzonderen van hetgeen voor de rechthebbende en onderhoudspflichtige wel zou gelden. Een argument voor de afwezigheid van deze functionaris in dit artikel zou kunnen zijn, dat men termen als beheer en beheerder, over de betekenis waarvan maar weinig bekend was, in het kader van de Wegenwet liever geheel buiten beschouwing heeft gelaten om discussie daarover te ontgaan<sup>23</sup> en dat men

met rechthebbende en onderhoudsplichtige van de weg alle in aanmerking komende personen beoogde te omvatten. Zeker is, dat men geen ander voorbehoud heeft willen maken ten aanzien van het dulden van alle verkeer dan in artikel 14 lid 1 zelf gesteld is. De in dit lid genoemde beperkingen zijn door de wetgever limitatief opgesomd. Had de wetgever de beheerder vrijheid ten deze willen geven, dan was zulks vermeld. Voor de beheerder geldt dan ook evenzeer, dat hij alle verkeer over de openbare weg heeft te dulden, behoudens de in lid 1 van artikel 14 genoemde beperkingen.<sup>24</sup> Het is van belang dit hier nadrukkelijk te stellen, aangezien de beheerder, zoals hierboven werd opgemerkt, een belangrijke positie inneemt met betrekking tot de openbare weg. Het beginsel van artikel 14 lid 1 Wegenwet komt er dus op neer, dat eigenaar, beheerder en onderhoudsplichtige verplicht zijn alle verkeer over de weg te dulden. Verplicht jegens wie? Jegens alle verkeer? Zo ja, hoe vindt dan die verplichting in rechte bescherming? De Memorie van Toelichting stelt met betrekking tot de openbaarheid, dat de strekking van het ontwerp met zich mede brengt een beperking tot die wegen, die meer duurzaam de belangen van het openbaar verkeer dienen, 'zodat het publiek daarover verkeert niet slechts bij gedogen van de eigenaar, doch als daartoe gerechtigd'.<sup>25</sup> Vraag is hoe deze gerechtigheid in het civiele recht beschermd wordt. Naar mijn indruk moet die bescherming gezocht worden in artikel 1401 BW. Wanneer eigenaar, beheerder of onderhoudsplichtige hem die met inachtneming van de verkeersregels de openbare weg overeenkomstig gesteldheid en bestaand gebruik wil gebruiken niet duldt, handelt hij in strijd met zijn rechtsplicht, in de zin waarin de Hoge Raad dit in zijn arrest van 31 januari 1919, NJ 1919, 161 verstaan heeft. Sinds 1930 vindt deze rechtsplicht haar wettelijke regeling in artikel 14 lid 1 Wegenwet. Deze ter bescherming van de gebruiker geldende plicht gaat op voor iedere eigenaar, beheerder en onderhoudsplichtige ongeacht of deze een overheidslichaam is of niet. De gebruiker heeft een aanspraak op een zekere gedraging<sup>26</sup> — te weten een dulden — van de eigenaar, de beheerder en de onderhoudsplichtige van de openbare weg.<sup>27</sup> In de Duitse literatuur spreekt men in dit verband van 'Reflexrechte' of 'Rechtsreflexe'. In Nederland is geen term ontwikkeld voor de mogelijkheid tot gebruik van ten openbare gebruike bestemde zaken. Het woord 'aanspraak' zou daarvoor een indicatie kunnen zijn. In het navolgende zal ik deze terminologie hanteren.

#### BETEKENIS VAN DE AANSPRAAK OP ALGEMEEN OF NORMAAL GEBRUIK

Zojuist is de vraag aan de orde geweest of de gebruikers van de openbare weg recht van of op gebruik hadden. Bij de beantwoording van deze vraag is niet ingegaan op de inhoud van het gebruik dat er van de openbare weg gemaakt kan worden. Het leek zinvol eerst in het algemeen na te gaan of er al dan niet een recht was en pas daarna de juiste inhoud daarvan te bepalen. Ook nu is komen vast te staan, dat er alleen sprake moet zijn van een 'aanspraak' van de gebruikers gebaseerd op de rechtsplicht tot het dulden van het verkeer over de openbare weg<sup>1</sup>, is het nog onverminderd gewenst te onderzoeken wat de juiste inhoud van die 'aanspraak' en de op artikel 14 lid 1 Wegenwet gebaseerde plicht is. Hierbij dient zich het reeds eerder aangevoerde probleem aan betreffende de verhouding tussen de gebruiker van de

openbare weg en het tot het nemen van verkeersmaatregelen bevoegde gezag. Zoals in het voorgaande gesteld is, hebben eigenaar, beheerder en onderhoudsplichtige van de openbare weg alle verkeer over de weg te dulden. Valt ook het tot verkeersmaatregelen bevoegde gezag onder deze bepaling, zodat de gebruiker ook jegens dit gezag aanspraken kan doen gelden, wanneer dit om andere dan verkeersdoeleinden beperkingen oplegt in het normale gebruik? Alvorens deze vraag te beantwoorden is het gewenst zich rekenschap te geven van het begrip verkeer. Het is niet eenvoudig een goede omschrijving te geven van 'verkeer'. Uit hetgeen de Wegenwet beoogt, is duidelijk dat verkeer niet in ruime zin opgevat moet worden, maar in enge zin, namelijk in de betekenis waarin dit woord gebezigd wordt in de samenstelling 'verkeersrecht'. Zoekt men ter omschrijving of bepaling aansluiting bij het verkeersrecht, dan vindt men in artikel 5 lid 1 van het uit 1966 daterende Reglement verkeersregels en verkeerstekens een aanknopingspunt. In dit reglement wordt onder verkeer verstaan: alle weggebruikers. Deze omschrijving overgebracht naar de Wegenwet, bepaalt artikel 14 in lid 1 dan als principe, dat de rechthebbende<sup>2</sup> alle weggebruikers over de weg te dulden heeft. In aansluiting hierop zou ik dat gebruik algemeen willen noemen, dat voor de weggebruikers ingevolge het wegenverkeersrecht mogelijk is. Niet relevant hierbij is het doel waarmee of de reden waarom aan het verkeer wordt deelgenomen. Het gebruik van de openbare weg, dat niet aangemerkt kan worden als verkeer, in de zin die het verkeersrecht daaraan geeft, ware aan te merken als bijzonder gebruik. Het komt voor dat een bepaald gebruik van de weg door een verkeersdeelnemer niet gemaakt kan worden dan nadat speciale voorzieningen daarvoor zijn getroffen (tram, trolleybus). Zoals uit het volgende zal blijken is naar mijn mening wel toestemming vereist voor het treffen van die voorzieningen<sup>3</sup> (de bestemming wordt als het ware nader bepaald), maar is het gebruik dat met behulp van die voorzieningen gemaakt wordt in het verkeersrecht geregeld, zoals bij tram en trolleybus, dan zou ik dit gebruik ook onder normaal gebruik willen begrijpen van hen die aan dit soort verkeer deelnemen.

Aan het algemeen of normaal gebruik van de weg zit nog een aspect vast, dat de aandacht verdient. Dit gebruik geldt voor iedereen, zonder onderscheid. Zowel de Wegenwet als het Reglement verkeersregels en verkeerstekens duiden daarop, waar artikel 14 lid 1 van de eerstgenoemde wet van *alle* verkeer spreekt en artikel 5 lid 1 van de laatstgenoemde wettelijke regeling van *alle* gebruikers.<sup>4</sup>

De vraag die primair beantwoording behoeft vanwege de bepaling van de positie van de gebruiker betreft de relatie tussen de gebruiker van de openbare weg en het gezag dat met het nemen van verkeersmaatregelen is belast. Enerzijds legt artikel 14 lid 1 diverse personen de plicht op iedereen zonder onderscheid de weg 'normaal' te laten gebruiken, anderzijds wordt tegelijkertijd verwezen naar de beperkingen in artikel 6 Wegenwet. Dit artikel spreekt onder meer van een beperking in het gebruik krachtens wettelijk voorschrift tot regeling van het verkeer. Het is gewenst voor een nader inzicht in deze materie bij het wegenverkeersrecht zelf te rade te gaan. De wetgever heeft het juist geoordeeld de belanghebbende weggebruiker van de voor het openbaar verkeer openstaande wegen een beroepsmogelijkheid te geven tegen besluiten bedoeld in artikel 132 RVV (nagenoeg alle verkeerstekens op bor-

den die een gebod of verbod bevatten en de belangrijkste verkeerstekens op het wegdek; leden 1 en 4): binnen een termijn van dertig dagen nadat het betreffende besluit ter openbare kennis is gebracht, kan iedere belanghebbende alsook de commissaris der koningin in de provincie daartegen beroep instellen bij de Kroon (artikel 135 leden 1 t/m 3 en lid 5). De gronden waarop beroep kan worden ingesteld zijn niet vermeld, maar uit het feit dat als belanghebbende volgens constante jurisprudentie wordt aangemerkt hij die in zijn persoonlijk belang getroffen wordt blijkt tevens de beroepsgrond. Over het algemeen is de rechter geneigd uit de mogelijkheid van beroep op de Kroon te concluderen, dat aan hem geen oordeel meer toekomt aangaande de rechtmatigheid van het besluit. Een beroep op de Kroon wordt namelijk als een met voldoende waarborgen omgeven rechtsgang aangemerkt.<sup>5</sup> Het is goed er zich rekenschap van te geven, dat deze rechtsgang niet voor iedere gebruiker openstaat, maar slechts voor de belanghebbende. Dit lijkt me juist, maar de vraag blijft of artikel 14 lid 1 Wegenwet niet voor iedere gebruiker — ‘alle verkeer’ — de mogelijkheid biedt op te komen tegen verkeersmaatregelen welke juist niet in het verkeersbelang genomen worden. Bij regelmaat worden in zeer vele gemeenten op grond van het bepaalde in artikel 137 RVV verkeerstekenen als bedoeld in artikel 132 RVV geplaatst onder het motief van het voorzien in een tijdelijke behoefte vanwege een dringende omstandigheid van voorbijgaande aard, terwijl daarmee beoogd wordt de openbare weg voor een ander dan het normaal verkeersgebruik open te stellen, zoals voor het houden van een kermis, een braderie, een markt, veekeuringen, een taptoe enz.<sup>6</sup> Niet een regeling van het verkeer, maar het toelaten van andere gebruiksmogelijkheden van de weg is het motief van de tot deze maatregelen leidende besluiten. Zou de gewone verkeersgebruiker met succes voor de civiele rechter een beroep op artikel 14 lid 1 Wegenwet kunnen doen, stellende dat zijn vrij gebruik van de openbare weg teniet wordt gedaan of beperkt voor andere doeleinden dan de wet toelaat met toepassing van verkeersmaatregelen waar deze niet ter regeling van het verkeer zijn? Eiser geef ik weinig kans op slagen. Waar het een verkeerd toepassen van verkeersmaatregelen betreft zou erop gewezen kunnen worden, dat juist beperkingen op grond van verkeersmaatregelen in artikel 14 lid 1 uitgezonderd zijn, terwijl in het RVV voor belanghebbenden een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang verboden wordt. Daarnaast komt het me voor, dat men strekking en inhoud van het bepaalde in artikel 14 lid 1 Wegenwet te ver uitbreidt, indien men daarin een waarborg zou zoeken tegen onjuist genomen verkeersmaatregelen. Een van de uitgangspunten bij het totstandkomen van de Wegenwet was een regeling van de openbaarheid. Die openbaarheid als zodanig komt niet in het gedrang, indien tijdelijk het verkeersgebruik beperkt wordt. De weg blijft openbaar. Het gebruik van de weg als kermis- of marktterrein enz. is geen normaal, maar een bijzonder gebruik. De vraag of en zo ja, onder welke voorwaarden dit bijzonder gebruik geoorloofd is, komt in het navolgende aan de orde. Is het bijzonder gebruik geoorloofd, dan is het juist via verkeersmaatregelen het verkeer te leiden. Als het bijzonder gebruik niet geoorloofd is, dan kan mijns inziens degene die de openbare weg overeenkomstig het normaal gebruik wenst te begaan de beheerder aanspreken op grond van schending van zijn rechtsplicht, neergelegd in artikel 14 lid 1 Wegenwet zoals in het voorgaande werd aangetoond. De beheerder is

degene die over het algemeen — niet steeds, te wijzen valt op de werking van de provinciale wegenreglementen voor gemeentewegen — aangesproken dient te worden, aangezien het tot zijn taak behoort te zorgen voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van de weg. Meestal heeft de beheerder dan ook de bevoegdheid maatregelen te treffen met toepassing van politiedwang, zoals in het voorgaande is aangetoond, indien de openbaarheid aangetast wordt door overtreding van wettelijke voorschriften welke hem die mogelijkheid bieden.

Er zijn in de rechtspraak niet veel gevallen bekend, waarbij een gebruiker of aspirant-gebruiker van een openbare weg een beroep op de rechter heeft gedaan ter bescherming in zijn aanspraak op normaal gebruik van de openbare weg. In de casus, die de Hoge Raad beoordeelde bij zijn arrest van 29 juni 1955<sup>7</sup> lagen de feiten in het door het ministerie van verkeer en waterstaat uitgelokte proefproces zo, dat de rechter niet behoefde in te gaan op principiële beschouwingen omtrent de juridisch openbare weg. Eiser klaagde, dat van hem ten onrechte f.2,— aan gemakkelijksbelasting was geheven, omdat voor het innen daarvan een openbare weg was afgesloten, hetgeen in strijd zou zijn met artikel 53 Wegenwet. Ook stond vast, dat eiser zich als toeschouwer naar de daar plaatsvindende wedstrijd had begeven. De Hoge Raad overwoog, dat een wijze van inning denkbaar was volgens de bepaling van de verordening omtrent de inning der belasting zonder dat daarbij afsluiting van de toegangswegen nodig was; dat onjuist was de voorstelling van eiser dat hij niet alleen terzake van het bezoeken van de wedstrijd, doch tevens vanwege het gebruik van de openbare weg belasting had betaald en dat het ter beoordeling van de vraag of zekere belasting verschuldigd was en deze dus terecht was geheven, betekenis miste of de inning van de belasting in feite op zodanige wijze had plaats gevonden, dat daardoor inbreuk werd gemaakt op enige aan de rechtmatigheid der belastingheffing als zodanig niet in de weg staande wettelijke bepaling.<sup>8</sup> Zeer tijdelijke beperkingen in het gewoon gebruik van de openbare weg omwille van gebeurtenissen als hierboven genoemd worden in het dagelijks leven door de gebruikers gemakkelijk aanvaard en niet als een zodanige inbreuk ervaren, dat men snel geneigd is zich daarvoor tot de rechter te wenden. Voorzover ik ben kunnen nagaan is het dan ook bij voormeld proefproces tot nu toe gebleven.

Anders ligt het, indien de openbaarheid als zodanig in het geding is. Aan de hand van drie Koninklijke Besluiten zal ik trachten toe te lichten hoe zwaar de aanspraken van gewone gebruikers van een openbare weg gewogen worden. In deze gevallen ging het om de opheffing van de openbaarheid, waarvoor in de Wegenwet een gedegen rechtsgang gecreëerd is. Voor het besluit daartoe genomen wordt, dienen belanghebbenden in de gelegenheid gesteld te worden bezwaren in te dienen (artikel 10). Het besluit van de provinciale staten tot 'onttrekking aan het openbaar verkeer' behoeft goedkeuring van de Kroon (artikel 8, lid 2), terwijl gedeputeerde staten zulk een besluit van de gemeenteraad dienen goed te keuren (artikel 9). Tegen de beslissing van gedeputeerde staten staat beroep op de Kroon open (artikel 11a). In de onderhavige gevallen waren zulke beroepen ingesteld tegen besluiten van gedeputeerde staten. Door R. Rutgers te Gieten was beroep ingesteld tegen het besluit van gedeputeerde staten van Drenthe, waarbij het onverharde gedeelte van de weg Hondsrug, tussen de weg Spekstoep en de

Oude Wildervanksterweg aan het openbaar verkeer onttrokken was. De belangrijkste overwegingen van de Kroon<sup>9</sup> luiden aldus:

'dat ..... moet worden aangenomen, dat dit weggedeelte noch als verbindingsweg tussen de Oude Wildervanksterweg en de Spekstoep, noch anderszins het algemeen belang meer dient;

dat de appellant, indien hij van deze verbindingsweg geen gebruik meer zou kunnen maken, voor het bereiken van een aan laatstgenoemde weg gelegen perceel, hetwelk hij voor agrarische doeleinden exploiteert, een omweg van plm. 300 meter zou moeten maken;

dat de huidige eigenaar ..... die het aan het openbaar verkeer te onttrekken weggedeelte van de gemeente heeft gekocht met het doel dit aan zijn grond toe te voegen, zich blijkens de overgelegde stukken bereid heeft verklaard aan de appellant voor wat betreft een strook van 2 meter recht van overpad te verlenen;

dat hiermede naar Ons oordeel de belangen van de appellant in voldoende mate zijn gewaarborgd;

dat onder deze omstandigheden het omstreden weggedeelte aan het openbaar verkeer zal kunnen worden onttrokken, indien een erfdiensbaarheid van vrije doorgang ten behoeve van bovengenoemd perceel van de appellant en voor wat betreft vorenbedoelde strook van 2 meter ten laste van het weggedeelte wordt gevestigd;

dat in verband met een en ander thans aan het besluit van de raad der gemeente Gieten, strekkende tot onttrekking aan het openbaar verkeer van meerbedoeld weggedeelte, alsnog goedkeuring dient te worden onthouden.'

Stellinga wijst er in zijn noot onder dit Koninklijk Besluit op, dat aan de voorwaarde moet voldaan zijn, wil een besluit tot onttrekking goedgekeurd kunnen worden.

Bij Koninklijk Besluit van 21 februari 1973<sup>10</sup> overwoog de Kroon, beschikkende op het beroep van Visserijmaatschappij Vlaardingen N.V. tegen het besluit van gedeputeerde staten van Zuid-Holland, onder meer:

'dat ..... de belangen van de appellante en van eventuele opvolgende eigenaren van haar bedrijfspand ..... slechts voldoende kunnen worden gewaarborgd, indien genoemd recht van doorgang voor het rondrijden met motorvoertuigen van het openbaar blijvende gedeelte van de Koningin Wilhelminahaven Z.O.Z. naar het openbaar blijvende gedeelte van de Vishalstraat en omgekeerd in de vorm van een erfdiensbaarheid wordt verleend; dat, nu dit niet is geschied, Gedeputeerde Staten aan de onttrekking aan het openbaar verkeer van de meergenoemde weggedeelten hun goedkeuring niet hadden dienen te verlenen en hun besluit dan ook niet kan worden gehandhaafd.'

In zijn noot onder dit besluit stelt Stellinga<sup>11</sup>: 'Een publiekrechtelijke maatregel mag niet doorgaan, omdat de rechtspositie van de appellante niet voldoende gewaarborgd is door een privaatrechtelijk recht'. En even verder: 'Het bijzondere is hier, dat die zekerheid slechts bereikt zal kunnen worden, als de appellante en een derde de gevraagde zekerheid verschaffen door het vestigen van een erfdiensbaarheid'.

Door Mejuffrouw T.E. Woortman en A.M. Keller-Dickhout was beroep ingesteld tegen het besluit van gedeputeerde staten van Noord-Brabant van 21 oktober 1970, G.nr. 118. 532, houdende goedkeuring van het besluit van de raad der gemeente Uden van 29 juni 1970, waarbij aan het openbaar verkeer zijn onttrokken weggedeelten, gelegen nabij de Slabroekseweg en de Foorkensweg, op de legger der gemeente Uden voorkomende onder de nos. 13 en 162. Beschikkende op dit beroep overwoog de Kroon<sup>12</sup> onder meer:



‘dat ..... de belangen van de appellanten eerst in voldoende mate zullen zijn gewaarborgd, indien bedoelde erfdiensbaarheid van uitweg is gevestigd op zodanige wijze en ten laste van het noordelijk gedeelte van weg no. 13, grenzende aan de percelen, kadastraal bekend gemeente Uden, sectie B nos. 1695 tot en met 1699, dat de bij hen in gebruik zijnde percelen op gelijkwaardige wijze als tot dusverre bereikbaar blijven,

dat onder deze omstandigheden het in het geding zijnde weggedeelte aan het openbaar verkeer zal kunnen worden onttrokken, indien de hiervorenbedoelde erfdiensbaarheid zal zijn gevestigd,

dat evenwel, zolang deze erfdiensbaarheid niet is vastgelegd, tot het onttrekken aan het openbaar verkeer van het omstreden weggedeelte niet kan worden overgegaan’.

In alle drie gevallen diende als compensatie voor het verlies van openbaarheid de vestiging van een zakelijk recht.

Men zou mij kunnen tegenwerpen, dat bij deze besluiten niet in het geding was de naleving van het bepaalde in artikel 14 lid 1 Wegenwet, maar het opheffen van de openbaarheid als zodanig. Dit is juist; maar wel tonen deze besluiten aan hoe zwaar aan de positie van een gewone gebruiker van een openbare weg getild kan worden. Als het besluit tot onttrekking aan de openbaarheid zo zwaar gewogen wordt, dan lijkt het me voor de hand te liggen de positie van een gebruiker van een openbare weg even zwaar te taxeren, wanneer door schending van de in artikel 14 lid 1 neergelegde plicht uiteindelijk de opheffing van de openbaarheid dreigt.<sup>13</sup> In zich dan voordoende gevallen zal niet de Kroon, maar de gewone rechter geadieerd moeten worden, aangezien geen administratieve rechtsgang voor de gebruiker geopend is. Dat de rechter dan niet iedere willekeurige gebruiker in dezelfde mate tegemoet zal treden lijkt me juist. De mate van betrokkenheid bij het normaal gebruik van een openbare weg dient een rol te spelen, evenals het belanghebbende-zijn bij de administratieve rechtsgang in geval van onttrekking aan het openbaar verkeer. Hij die zich tot de rechter wendt, zal een belang dienen te hebben. Dit belang kan zowel in processuele zin verstaan worden – ‘point d’*intérêt*, point d’*action*’ – als in materiële zin – ‘de *minimis non curat praetor*’. Het O. Nieuw BW maakt eveneens onderscheid tussen het processuele (artikel 3.11.8) en het materiële belang (artikel 3.11.7), maar niet consequent.<sup>14</sup> Legt artikel 14 lid 1 Wegenwet terecht de plicht op alle verkeer te dulden, aanspraken op gebruik dienen naar mijn mening alleen de belanghebbende gebruiker toegekend te worden.

Met betrekking tot het algemeen gebruik dient er op gewezen te worden, dat om aan dat gebruik te kunnen deelnemen soms aan bepaalde vereisten moet worden voldaan, zoals het in bezit zijn van een geldig rijbewijs voor het gebruik als bestuurder van een motorvoertuig of het hebben van een vergunning ingevolge de Wet Autovervoer Personen of de Wet Autovervoer Goederen. Het eerste geval betreft een verkeersmaatregel, de laatstgenoemde wetten beogen een economisch doel te dienen. Het beginsel van het algemeen gebruik van de openbare weg komt hiermede niet in conflict. In geheel dezelfde lijn moeten gezien worden bepalingen welke met name in gemeenteverordeningen aangetroffen worden betreffende het binden aan een vergunning bijvoorbeeld om te venten of tot het houden van een demonstratie en bijvoorbeeld het verbod aan prostituee’s zich op bepaalde straten gedurende bepaalde uren te begeven.<sup>15</sup> Deze bepalingen doen niet af aan het normaal openstaande gebruik van de openbare weg; zij dienen doeleinden als de open-

bare orde en openbare zedelijkheid.<sup>16</sup> Buiten beschouwing blijft hier uiteraard de vraag of deze verordeningen niet in strijd kunnen komen met andere regelingen van hogere orde.

Tot de wezenskenmerken van het algemeen gebruik van ten openbare dienste bestemde zaken behoort niet, dat het gebruik om niet dient plaats te vinden. De praktijk wijst zulks ook uit. Het heffen van retributies of bijdragen, hoe ook genaamd, voor het gebruik van vele door de overheid in het algemeen belang opgerichte inrichtingen vindt dagelijks plaats.<sup>17</sup> Vóór de totstandkoming van de Wegenwet werden in nog bijna alle provincies voor het gebruik van sommige openbare wegen bijdragen gevorderd, zulks op grond van zogenaamde concessies en octrooien tot tolheffing op wegen. De bij de Memorie van Toelichting op het ontwerp-Wegenwet overgelegde bijlagen III, IV, en V geven daarvan een overzicht.<sup>18</sup> De Wegenwet zelf stelde in artikel 53 paal en perk aan, zoals de Memorie van Toelichting zegt, de voortwoeking van het euvel<sup>19</sup>: 'Geen tolheffingen zijn van kracht dan die welke vóór de indiening van het voorstel tot deze wet zijn ingesteld'. A contrario redenerend kan men stellen, dat zonder deze bepaling in beginsel het vragen van een bijdrage wel mogelijk is en daaruit blijkt eveneens dat het geen uit de aard der openbaarheid voortvloeiend gegeven is, dat het algemeen gebruik gratis geschiedt. Artikel 53 in samenhang gezien met het bepaalde in artikel 14 Wegenwet brengt met zich mede, dat de rechthebbende, de beheerder en de onderhoudsplichtige van de openbare weg niet gerechtigd zijn betaling te eisen voor het — normale — weggebruik. Dit in tegenstelling tot de rechthebbende van de voor het openbaar verkeer openstaande weg, die zulks wel vrijstaat. Een praktische toepassing van dat laatste was te vinden bij de Haringvlietbrug, welke geen openbare weg was in de zin der Wegenwet en voor gebruik waarvan dan ook geen tol in de zin van artikel 53 van die wet geheven werd. Deze brug werd tegen betaling van bruggeld toegankelijk gesteld voor de verkeersdeelnemer.<sup>20</sup> Per 1 juli 1975 is deze brug overgedragen aan het Rijk; vanaf 1 oktober 1973 werd geen bruggeld meer geheven vanwege de gunstige financiële resultaten.

#### BIJZONDER GEBRUIK VAN DE OPENBARE WEG

In de doctrine, met name de bestuursrechtelijke, is evenals in de rechtspraak soms gewezen op het bijzonder gebruik dat van een ten openbare dienste bestemde zaak kan worden gemaakt.<sup>1</sup> Ook met betrekking tot de openbare weg doen zich gevallen voor die als een bijzonder gebruik aangemerkt moeten worden. Bij alle verscheidenheid in dit gebruik valt er op één gemeenschappelijk facet te wijzen: het betreft steeds een gebruik maken van de openbare weg, dat niet als normaal verkeersgebruik — in de zin van de wet — aangemerkt wordt. Het behoeft ook niet aan eenieder toe te komen. Daarnaast moet er op gewezen worden, dat het bijzondere in het gebruik niet ongelimiteerd kan uitdijen: het gebruik mag niet zover gaan dat het de bestemming van de betrokken zaak teniet doet. Deze grens verschaft overigens niet veel inzicht, omdat per geval bezien zal moeten worden wat de bestemming eigenlijk inhoudt. Tengevolge hiervan zal het niet mogelijk zijn in het algemeen regels te stellen omtrent welke soorten bijzonder gebruik wel of niet een geoorloofde toepassing mogelijk is. Evenals uit de aard van de

weg voortvloeit het algemeen gebruik, bepaalt die aard evenzeer welk bijzonder gebruik al dan niet toelaatbaar is. Enige wettelijke bepalingen geven een regeling omtrent bijzonder gebruik, de rechtspraak is tot nog toe zeer lapidair en in de wetenschap is ook geen uitputtende studie aan dit facet gewijd. De praktijk geeft vele voorbeelden, waarvan er slechts weinige de rechterlijke toets ondergaan. Het geringe materiaal dat voorhanden is, geeft onvoldoende bouwstenen voor enig systematisch houvast. Toch zal ik trachten in het navolgende tot een zodanige benadering te komen, dat daarmede hopelijk enige grondslagen worden gelegd voor een meer integrale aanpak.

Een nadere beschouwing van deze materie leidt tot het inzicht, dat met betrekking tot het bijzonder gebruik van de openbare weg twee categorieën onderscheiden kunnen worden: een categorie waarbij het bijzonder gebruik nodig of noodzakelijk is ten behoeve van het algemeen gebruik van de weg — het verkeer — en een andere categorie, waarbij het bijzonder gebruik meer specifiek voortvloeit uit of samenhangt met de functie die een weg vervult naast die van verkeersbaan. Met het hier geïntroduceerde begrip functie wordt geduid op de aard en het karakter van weg waardoor deze andere dan verkeersmogelijkheden biedt voor allerlei activiteiten, waarvan in het maatschappelijk leven geaccepteerd of zelfs verwacht wordt dat zij zich op de weg afspelen. Zoals zal blijken is door de wetgever hiervoor zeer sporadisch een regeling getroffen. In de literatuur doelt slechts een enkeling hierop.<sup>2</sup> Naar ik meen te kunnen aantonen verdient het aanbeveling meer dan tot nu toe het geval was rekening te houden met de functie van de weg.

**a. Bijzonder gebruik van de openbare weg dat nodig is ten behoeve van het algemeen gebruik**

Willen de weggebruikers op een verantwoorde wijze de openbare weg kunnen begaan, dan is het niet voldoende dat de weg er ligt. De weg zelf zal in een bepaalde staat moeten verkeren, er zullen aansluitingen mogelijk moeten zijn, terwijl bovendien verkeersborden, verlichtingspalen, richtingaanduidingsborden enz. noodzakelijk zijn om de verkeersgang verantwoord te laten verlopen. Wil men deze voorzieningen treffen, dan is het noodzakelijk een bepaald gebruik van de weg te maken. Dat gebruik is geen algemeen gebruik, het komt ook niet aan eenieder toe, maar het is noodzakelijk voor het goed functioneren van het aan ieder toekomende algemeen gebruik. Het is een bijzonder gebruik, nodig voor het algemeen gebruik. In de Wegenwet is aan deze behoefte tegemoet gekomen. Artikel 14 bepaalt in lid 3:

‘De rechthebbende op en de onderhoudsplichtige van een weg of een tot den weg behoorenden berm of een tot den weg behoorenden bermsloot hebben bovendien te duiden:

I de uitvoering van alle werken tot onderhoud of verbetering van den weg;

II de uitvoering van alle werken vereischt voor aansluiting van wegen en uitwegen;

III het aanwezig zijn, plaatsen en onderhouden van voorwerpen boven, op en in den weg, of den daartoe behoorenden berm of den daartoe behoorenden bermsloot ten behoeve van het verkeer over den weg, van de onder I en II omschreven werken en van de uitvoering daarvan’.

Redactioneel gezien ware het beter geweest het hier geciteerde lid 3 van artikel 14 in een apart artikel onder te brengen. Er liggen essentiële verschil-

len tussen de in de leden 1 en 2 van artikel 14 opgenomen verplichtingen en het bepaalde in lid 3. Overigens heeft de wetgever de eerste twee leden blijkbaar gebruikt als een soort aanloop voor het derde lid, waar de Memorie van Toelichting stelt, dat nimmer is getwijfeld aan wat in lid 1 en 2 bepaald is, maar dat wel 'behoefte' aan rechtszekerheid is gebleken omtrent hetgeen rechthebbende en onderhoudsplichtige daarenboven nog hebben toe te laten. De belangrijkste verschillen tussen het bepaalde in de leden 1 en 2 enerzijds en lid 3 anderzijds vloeien voort uit de aard van het gebruik. Weliswaar worden in deze drie leden geregeld de op de rechthebbende en onderhoudsplichtige van de openbare weg rustende verplichtingen, maar de leden 1 en 2 betreffen het algemeen gebruik van de weg en lid 3, zoals reeds gesteld werd, een bijzonder gebruik. In tegenstelling tot het bepaalde in de leden 1 en 2 legt lid 3 geen relatie tussen de rechthebbende en de weggebruiker. In de literatuur wordt wel gesteld, dat dit lid niet de bedoeling heeft rechten te verschaffen tegenover de overheid, maar om de overheid rechten te verschaffen tegenover particulieren.<sup>3</sup> Deze formulering geeft aanleiding tot het plaatsen van een kanttekening. Artikel 14 Wegenwet verschaft geen rechten noch tegenover noch aan de overheid, artikel 14 legt verplichtingen op en wel in de leden 1 en 2 jegens de normale weggebruiker en in lid 3 jegens hem die moet zorgen dat de weg ten behoeve van het verkeer in stand, bruikbaar, vrij en veilig blijft, dus jegens de beheerder. De in artikel 14 Wegenwet opgelegde verplichtingen hebben op andere personen betrekking naargelang het de leden 1 en 2 of lid 3 betreft. Zoals eerder reeds gesteld werd leggen de leden 1 en 2 verplichtingen op aan de rechthebbende, de beheerder en de onderhoudsplichtige. Lid 3 legt een verplichting op aan de rechthebbende en aan de onderhoudsplichtige. Deze laatste is door de regering plotseling ten tonele gevoerd alhoewel de Staatscommissie voor de waterstaatswetgeving hem noch in haar eerste noch in haar tweede ontwerp van wet had opgenomen. Waarom de Staatscommissie de onderhoudsplichtige niet in haar ontwerpen genoemd had blijkt indirect uit de bij het tweede ontwerp gevoegde memorie, waar deze stelt: 'Uit den aard der zaak zal steeds voor elk werk aan of in den openbaren weg vergunning van het openbaar gezag nodig zijn krachtens de een of andere verordening. Maar is die vergunning eenmaal verleend, dan moet niet krachtens eigendomsrecht of eenig ander privaatrecht een werk, dat onmiddellijk verband houdt met de bestemming van den weg voor het openbaar verkeer, toch nog kunnen worden belet. Dit is de strekking der bepaling'.<sup>4</sup> De onderhoudsplichtige had vanuit die visie in lid 3 niet genoemd dienen te worden aangezien hij als zodanig geen private rechten ten aanzien van de openbare weg heeft. Dat lid 3 met name verplichtingen jegens de beheerder vastlegt blijkt in het bijzonder uit het citaat, waar gezegd wordt: een werk, dat onmiddellijk verband houdt met *de bestemming van den weg voor het openbaar verkeer*. De zorg voor de bestemming ten openbare nutte van een waterstaatswerk is een beheerszorg. Alhoewel de onderhoudsplichtige vanuit die visie niet thuis hoort in lid 3, behoeft zijn vermelding niet op bezwaren te stuiten als men deze bepaling in die zin verstaat dat de rechthebbende geen privaatrechtelijke belemmeringen in de weg kan leggen aan en de onderhoudsplichtige van zijn kant geen bezwaar kan maken tegen beheersarbeid aan de openbare weg.

De wetgever heeft in lid 3 een driedeling aangebracht. De werkzaamheden

genoemd onder I liggen het meest voor de hand. De beheerder moet werken kunnen uitvoeren voor onderhoud en verbetering van de weg. Met name uit dit onderdeel blijkt dat de onderhoudsplichtige ten onrechte in lid 3 is binnengeslopen, hij is immers de eerst-aangewezen om onderhoudswerkzaamheden te verrichten. Overigens is verdedigbaar het gestelde sub I aldus te verstaan, dat indien de beheerder buiten de onderhoudsplichtige om werken tot onderhoud laat uitvoeren — bijvoorbeeld als de onderhoudsplichtige in gebreke blijft — de onderhoudsplichtige zich daartegen niet kan verzetten. Betreffende de redactie van II is het van belang er op te letten, dat de wetgever duidelijk spreekt van 'werken vereischt voor aansluiting van wegen en uitwegen' en niet over het uitwegen zelf. Er wordt dus niet bepaald, dat de rechthebbende zou moeten dulden dat aansluitingen van wegen en uitwegen op zijn openbare weg plaats vinden; hij moet dulden dat werken vereist voor aansluiting van wegen en uitwegen uitgevoerd worden indien en voorzover geaccepteerd is dat er een weg of uitweg komt. Dat aan de inhoud van deze bepaling geen verdergaande strekking dient te worden toegekend volgt ook uit de beheerswerkzaamheden. De beheerder van een openbare weg heeft voor het algemeen nut van die weg te zorgen. Zoals reeds eerder is gesteld, dient hij daarbij binnen de perken te blijven: het is niet aan hem de bestemming te veranderen of uit te breiden. Zou nu het bepaalde in artikel 14 lid 3 sub II impliciet met zich meebrengen, dat de rechthebbende geen recht meer had wegen en uitwegen op zijn weg toe te laten of te weigeren, dan zou tengevolge hiervan de beheerder meer toegekend worden dan hij voor zijn beheersarbeid aan bevoegdheden nodig heeft. Dit zou onjuist zijn en in strijd met de positie die de beheerder in het waterstaatsrecht inneemt. Terecht beperkt lid 3 sub II zich dan ook tot de uitvoering van de werken: is met toestemming van de bevoegde personen besloten een weg of uitweg aan te sluiten, dan moet de rechthebbende dulden dat de beheerder die nieuwe bestemming in zijn werkzaamheden betreft, dus de uitvoering van de vereiste werkzaamheden ter hand neemt. De woorden van de wet zijn duidelijk, een verdergaande interpretatie laten zij niet toe. Op de vraag hoe geoordeeld moet worden over de mogelijkheid tot het betreden van terzijde van de weg kom ik nog terug. Hier heb ik me beperkt tot de uitleg van artikel 14 lid 3 sub II. Privaatrechtelijk gezien gaat het bepaalde sub III het meest ver van deze trits door de rechthebbende ook nog te verplichten verschillende voorwerpen in, op of boven zijn eigendom te dulden, mits deze zijn of worden aangebracht ten behoeve van het verkeer, de onder I en II omschreven werken of de uitvoering daarvan. De Memorie van Toelichting bij het door de Staatscommissie voor de Waterstaatswetgeving in 1917 aan de Regering aangeboden ontwerp<sup>5</sup> stelde ten aanzien van de door haar ontworpen bepaling van nagenoeg gelijke inhoud:

'Op of in den openbaren weg en zijn bermen worden doorgaans nog velerlei andere voorwerpen geplaatst, die niet strekken ten dienste van het verkeer over den weg, maar slechts daarom hier eene plaats vinden, omdat zulks mogelijk is met minder ongerief dan elders. Men denke aan draden en kabels tot overbrenging van electrischen stroom, aan riolen, aan buizen voor gas- en waterleiding. Moet deze wet aan de eigenaar van weg en berm de verplichting opleggen, om ook deze werken in en op zijn grond te dulden? Bij de beantwoording van deze vraag zij overwogen, dat de wegenwetgever zich kan beperken tot regeling van die verplichtingen, welke den rechthebbende met het oog op het openbaar

verkeer over den weg moeten worden opgelegd; een verdergaande regeling is dus niet noodig. Zij zou zelfs ongewenscht zijn, omdat, al moge de weg een bij uitstek geschikte gelegenheid bieden voor het plaatsen van de hier bedoelde werken, hij toch geenszins de eenige gelegenheid daartoe vormt; het is mogelijk en het zal dikwijls noodzakelijk zijn, dat voor de uitvoering van werken van openbaar nut, als hier bedoeld, gebruik moet worden gemaakt van gronden, die niet deel uitmaken van een weg. De vraag, of en onder welke voorwaarden eigenaren van gronden ten behoeve van den aanleg van werken van openbaar nut hebben te dulden, dat van hun gronden wordt gebruik gemaakt, is er mitsdien ééne, die van meer algemeen standpunt moet worden beschouwd, dan bij het ontwerpen van een wegenwet mogelijk ware, en het schijnt niet gewenscht die vraag, alleen voor zoveel betreft de verplichtingen van den eigenaar van een weg, incidenteel in een wegenwet te behandelen.'

Hiermede is evenwel nog niet geheel uitputtend de betekenis van deze bepaling behandeld. Ook indien men zich beperkt tot 'voorwerpen ten behoeve van het verkeer over den weg', blijven er nog een reeks gevallen bestaan waarover twijfel mogelijk is ten aanzien van de vraag of het voorwerpen betreft ten behoeve van het verkeer over de weg. Langs de autowegen verrijzen her en der praatpalen en soms telefooncellen. Ten behoeve van het gemotoriseerde verkeer zijn de benzine- en andere motorbrandstofverschaffende pompen alsook zogenaamde 'service-stations'. En hoe belangrijk worden niet algemeen voor het verkeer langs autowegen over grote afstanden, zoals bijvoorbeeld in Duitsland het geval is, geacht de wegmotels of zgn. 'Raststätte'? Het zou onjuist zijn dit soort 'voorwerpen' te rekenen tot die als waarvan sprake is in artikel 14 lid 3 sub III. Een eng standpunt moet daaromtrent ingenomen worden. Het betreft hier voorwerpen, die direct noodzakelijk zijn ten behoeve van de bruikbaarheid en de veiligheid van de weg danwel de veiligheid op de weg. Het gaat hier om de meest primaire voorzieningen voor weg en verkeer. Het zijn voorwerpen, die aangebracht worden door of namens de beheerder hetzij omdat zij voor het openbaar nut van de weg noodzakelijk zijn hetzij omdat de verkeersveiligheid ze vereist. Zoals reeds eerder betoogd werd, speelt ook in dit laatste geval de beheerder ingevolge het bepaalde in het Reglement verkeersregels en verkeerstekens een belangrijke rol. Hij is terecht geroepen tot het plaatsen van verkeerslichten en verkeerstekens op, in of boven de onder zijn beheer staande weg. De recht-hebbende dient niet in staat te zijn de beheerder bij deze werkzaamheden privaatrechtelijke belemmeringen in de weg te leggen. Hij dient ze te dulden. Dit is de strekking van lid 3 sub III.

In de positie van de rechthebbende van de weg en die van de berm of de bermsloot wordt door lid 4 van artikel 14 enig onderscheid gemaakt, doordat aan de eerstgenoemde geen en aan de laatstgenoemde wel recht op schadevergoeding wordt toegekend voor schade tengevolge van de in lid 3 genoemde werken toegebracht, waarbij met betrekking tot de werken genoemd onder I alleen die schade vergoed wordt die door die werken boven de gebruikelijke schade uitgaat. Ook in dit lid wordt consequent voor de onderhoudsplichtige hetzelfde bepaald.

b. Bijzonder gebruik dat samenhangt met de functie van de openbare weg

In de praktijk doen zich talrijke gevallen van gebruik voor, die noch als algemeen gebruik noch als bijzonder gebruik ten behoeve van het algemeen

gebruik aangemerkt kunnen worden. Deze gevallen deel ik in onder de noemer 'bijzonder gebruik dat samenhangt met de functie van de openbare weg'. Men zou mij kunnen tegenwerpen, dat de functie van de openbare weg met name ten dienste van het verkeer<sup>6</sup> is en ik het ten onrechte in deze omschrijving doe voorkomen alsof het algemeen gebruik niet voortvloeit uit die functie. De tegenstelling die ik met deze omschrijving tracht aan te tonen vindt haar oorsprong in het feit, dat de Wegenwet slechts één aspect van de weg beziet, namelijk het zijn van verkeersbaan te land. Deze door de wetgever gemaakte benaderingswijze heeft één voordeel: het aspect dat alle wegen gemeen hebben, het algemeen aspect, het algemeen (normaal) gebruik, is daarmee exclusief beschouwd. Het nadeel van deze visie is, dat men algemeen geneigd is alléén dat facet van de weg te zien en er zich geen of nauwelijks rekenschap van te geven, dat een weg daarnaast nog meer kan zijn en ook meer is en dus ook een andere functie vervult dan verkeersbaan te land. Aangezien de voor iedere weg geldende functie zonder meer een algemeen gebruik — verkeersgebruik — met zich meebrengt, acht ik het onjuist die — algemene — functie nog eens apart te benadrukken. Het algemeen gebruik impliceert reeds dat dit voortvloeit uit de algemene functie: alle verkeer over de weg. Naast dat algemeen gebruik heeft de Wegenwet ook een bijzonder gebruik geregeld, ook dit weer geheel gezien in relatie tot de verkeersfunctie van de weg. Hierboven heb ik daaraan enige beschouwingen gewijd.

In dit onderdeel gaat het om een ander bijzonder gebruik, te weten een gebruik dat niet zonder meer met de verkeersfunctie — algemene functie — van de weg samenhangt, maar met een functie die een weg daarnaast nog vervult. Had de weg maar één functie, de algemene, dan ware het te betwijfelen of het iure publico wel oirbaar geacht zou moeten worden dat er zich ten aanzien van die weg nog gebruiksmogelijkheden gingen voordoen, die als in strijd met of als inbreuk op de bestemming van die weg aangemerkt zouden kunnen worden. Tegelijkertijd zou dan gesteld moeten worden dat het ook iure privato niet toegestaan zou moeten zijn die publieke bestemming aan te tasten.<sup>7</sup> De praktijk wijst uit, dat naast de algemene functie de ene weg deze en de andere gene 'rol speelt'. Het recht dient daarmee rekening te houden, daarop zijn systeem te bouwen en daaruit zijn conclusies te trekken. Tot nu toe is aan dit aspect weinig aandacht besteed. Wel is nooit in iure ontkend, dat niet nog meer functies door een weg vervuld kunnen worden dan de algemene, maar merkwaardig is dat men er zelden expliciet gewag van maakt, laat staan dit nader uitdiept.<sup>8</sup> Een openbare weg die de functie vervult van woonstraat dient naast de algemene verkeersfunctie en op een geheel andere wijze de belangen van de gebruikers als de autosnelweg, die op zijn beurt om typische voorzieningen vraagt ten behoeve van deze gebruikers, terwijl een winkelstraat om weer andere, uit die functie voortvloeiende, accommodaties vraagt.

De vraag zou kunnen rijzen of desniettemin de introductie van het begrip functie wel juist is. Met name zou gesteld kunnen worden, dat het beter is steeds van bestemming te spreken en in ieder geval afzonderlijk na te gaan wat de inhoud daarvan is. De bestemming tot woonstraat is anders dan die tot autosnelweg, terwijl de daaruit voortvloeiende gebruiksmogelijkheden derhalve ook anders zijn. Zou de juiste inhoud van de publieke bestemming

vastgesteld zijn, dan zou men in deze gedachtengang wellicht menen vrij eenvoudig gevolgtrekkingen te kunnen maken omtrent de mate waarin het privaatrecht niet van toepassing zou zijn. Het begrip functie zou dan als overbodig of verwarringwekkend van de hand gewezen kunnen worden. Op het eerste gezicht moge deze redenering aantrekkelijk lijken, bij nadere beschouwing blijkt zij geen uitkomst te bieden. Vooreerst valt erop te wijzen, dat behalve ten aanzien van ten openbare dienste bestemde wegen niet geregeld is hoe een zaak de publieke bestemming verkrijgt en welke gevolgen deze bestemming heeft zowel in het publiek- als in het privaatrecht. Uit de Wegenwet, in welke wet als enige bepalingen over de publieke bestemming zijn gegeven, blijkt dat de wetgever een eng standpunt heeft ingenomen. De openbaarheid van de weg is louter gerelateerd aan het verkeersgebruik. Het verkeersgebruik heeft de rechthebbende te dulden. Naast het voor eenieder openstaande verkeersgebruik heeft de wetgever slechts een zeer beperkt bijzonder gebruik van de weg van de rechthebbende geëist namelijk dat bijzonder gebruik, dat direct ten behoeve van een goede verkeersgang is. In het vorige onderdeel kwam dit ter sprake, waarbij er tevens op gewezen werd dat de wet soms – voor de berm en bermsloot – recht op schadevergoeding aan de rechthebbende toekent voor dit bijzonder gebruik. De privaatrechtelijke bevoegdheid is voor dit bijzonder gebruik ingeperkt, maar daar tegenover staat soms het recht op schadevergoeding. Nu slechts in één wet, de Wegenwet, een standpunt is neergelegd over inhoud en gevolgen van het ten openbare dienste bestemd zijn van een weg, zal dit richtsnoer dienen te zijn. Het geldt voor iedere openbare weg en het is van toepassing in heel het land. De rechtszekerheid en rechtsgelijkheid is hiermede gediend.

Er zou overigens op gewezen kunnen worden, dat de Hoge Raad spreekt van 'overeenkomstig de bestemming' in een ruimere zin – namelijk in een zin welke in deze studie veeleer als 'overeenkomstig de functie' aangemerkt zou worden – in uitspraken betreffende het huidige artikel 277 gemeentewet. Dit artikel was tot 20 december 1970, Stb. 608 in een andere redactie en indeling genummerd als artikel 275, hetwelk in nagenoeg gelijke bewoordingen tot 1931 artikel 238 was. Deze tegenwerping is begrijpelijk en vraagt om nadere beschouwing. Artikel 275 (oud) hield voor belastingen onder meer 'gelden voor het gebruik of genot van voor den openbaren dienst bestemde gemeentewerken, bezittingen of inrichtingen en dat van door of vanwege het gemeentebestuur verstrekte diensten'. Historisch gezien hebben verschillende opvattingen hun invloed doen gelden op totstandkoming en interpretatie van deze bepaling. Het valt buiten dit bestek daarop in te gaan.<sup>9</sup> Wat de visie van de Hoge Raad betreft staat vast, dat deze vanaf het begin van de twintiger jaren het standpunt heeft ingenomen dat gebruik of genot van de openbare straat dient te zijn een gebruik of genot in overeenstemming met de verkeersdoeleinden. In het huidige artikel 277 gemeentewet is in navolging van deze constante jurisprudentie danook sprake van 'overeenkomstig de bestemming' (sub b, 1). Maar ten aanzien van de vraag wat in concreto 'in overeenstemming met de verkeersdoeleinden' was, is een verscheidenheid van uitspraken waar te nemen. Bij zijn arrest van 16 december 1920, NJ 1921, 220 merkte de Hoge Raad het hebben van een erker of balkon boven de openbare straat aan als een gebruik of genot niet in overeenstemming met de verkeersdoeleinden. Op 14 april 1926, Gs 1926, 3904 achtte dit college het hebben van een



hijsbalk boven de openbare straat een gebruik of genot van die straat 'overeenkomstig hare bestemming voor verkeersdoeleinden' Niet overeenkomstig de bestemming tot openbare weg merkte de Hoge Raad bij zijn arrest van 26 januari 1927, WGB 1927, blz. 402, aan het hebben van

'een hoogspanningskabel, bestemd om stroom naar elders over te brengen, die wel onder de betrokken weggedeelten is gelegd, maar overigens in geenerlei verband daarmee staat, niet dient tot verlichting van die weggedeelten en ook niet ten goede komt aan het verkeer of aan de gebruikers daarvan, terwijl ook die weggedeelten en het verkeer daarop geenerlei invloed hebben op en niet ten goede komen aan het genot, hetwelk belanghebbende van den kabel heeft'

Op 2 november 1927, W 11746 gaf de Hoge Raad wederom als zijn mening te kennen dat het hebben van een balkon noch een gebruik van de straat noch een genot van de straat is 'overeenkomstig hare bestemming als verkeersmiddel'

Met betrekking tot de vraag of een benzinepompinstallatie op een door de gemeente Haarlem onderhouden rijksweg een gebruik of genot van die weg was overeenkomstig zijn bestemming overwoog de Hoge Raad bij zijn arrest van 15 maart 1939, Gs. 1939, 4568 onder meer

'dat het gebruik van een openbaren weg tot het plaatsen en in stand houden daarop van installaties, welke aan het verkeer op den weg ten goede komen, in overeenstemming is met de bestemming van zoodanigen weg'

Een caféhouder in Arnhem stelde schending of verkeerde toepassing van artikel 275 gemeentewet met als toelichting

'dat hij door stoelen, tafels en tochtschermen op het trottoir neder te zetten en aldus aan de bezoekers van zijn café gelegenheid te geven om, gezeten op de daar geplaatste stoelen en beschut tegen den wind, aan de tafels hun consumpties te nuttigen, als het ware een verlengstuk van zijn caféruimte heeft geschapen, dat dit niet is een gebruik van het gemeentewerk overeenkomstig zijn bestemming, als bedoeld in het eerste lid van artikel 275, dat toch de bestemming van een trottoir niet is om er zitjes op te plaatsen voor het gebruiken van spijis en drank, doch om aan voetgangers gelegenheid te geven zich daarover voort te bewegen zonder zich aan de gevaren van het rijverkeer bloot te stellen (....)'

Bij zijn arrest van 18 februari 1942, Gs 1942, 4726 overwoog terzake de Hoge Raad

'dat het middel niet gegrond is, daar een trottoir, als waarvan hier sprake is, geenszins een zo beperkte bestemming heeft als door belanghebbende wordt voorgestaan, dat immers een zoodanig gedeelte van de openbare straat niet alleen dient om het publiek gelegenheid te geven zich te voet daarover voort te bewegen, doch eveneens kan worden, en, voor zoover andere, meer gewichtige belangen zich niet daartegen verzetten, ook menigmaal met goedvinden der overheid wordt gebezigd voor andere doeleinden, zooals het uitstellen van koopwaar, het opslaan van aangevoerde of te vervoeren goederen, en ook het uitbreiden van een aan de straat gelegen caféruimte met een van stoelen, tafels en andere meubelstukken voorziene zitgelegenheid in de openlucht, dat dan ook degene, die, als belanghebbende, op laatstvermelde wijze van een door de gemeente aangelegd en onderhouden trottoir gebruik maakt, dit gebruikt overeenkomstig zijn bestemming ' De betreffende grond was eigendom van de caféhouder.

In Almelo deed zich het geval voor, dat iemand met privaatrechtelijke vergunning van het Rijk een automatisch verkooptoestel had aangebracht

boven een aan de Staat behorend weggedeelte, waarop de gemeente een trottoir had aangelegd en onderhield, op grond waarvan de gemeente betrokkene een aanslag oplegde vanwege het gebruik of genot van dit trottoir overeenkomstig zijn bestemming. De Hoge Raad overwoog daaromtrent onder meer op 11 april 1962, AB 1962, blz. 664:

'dat hij, die een automatisch verkooptoestel exploiteert, dat is aangebracht boven een door de gemeente aangelegd en onderhouden trottoir, partij trekt van het verkeer over het trottoir en daardoor genot van dit voor den openbare dienst bestemde gemeentewerk heeft overeenkomstig zijn bestemming; dat, anders dan het Hof heeft aangenomen, de gemeente niet verplicht is zulks te gedogen, ook dan niet indien, gelijk te dezen, dit trottoir is aangelegd op aan het Rijk toebehorenden grond en het Rijk een — privaatrechtelijke — vergunning heeft verleend om het toestel boven zijn grond aan te brengen en te behouden; dat immers de gemeente bevoegd is tot het uitvaardigen van een verordening in het belang van de openbare orde, waarbij de exploitatie van een toestel als het onderhavige wordt verboden en om daaraan de mogelijkheid van ontheffing van dat verbod te verbinden'.

Het bovenstaande kan van enkele kanttekeningen worden voorzien. Vóór de wetswijziging van 1970 was sprake van 'gebruik of genot'. Het begrip genot kon aanleiding geven tot een ruime interpretatie. Het feit dat de Hoge Raad het gebruik of genot overeenkomstig de bestemming oordeelde, impliceerde niet dat het object juist dáartoe bestemd was. In geen van zijn uitspraken onderzocht de Hoge Raad hoe de bestemming tot stand was gekomen en wat de juiste inhoud daarvan was. Ook na de totstandkoming van de Wegenwet laat de Hoge Raad zich niet leiden door het in deze wet bepaalde, wanneer het om een retributie en/of precarioheffing op grond van de gemeentewet gaat. Bij de oordeelsvorming over op de gemeentewet steunende belastingverordeningen heeft het hoogste rechtscollege uitdrukkelijk te kennen gegeven, dat een gebruik overeenkomstig zijn bestemming niet inhoudt dat dit zonder toestemming of vergunning mogelijk moest zijn, immers in 1942 wordt gesproken van 'goedvinden der overheid' en in 1962 wordt gesteld 'dat de gemeente niet verplicht is ..... te gedogen' en dus kan verbieden. Tegelijkertijd erkende de Hoge Raad in 1962, dat privaatrechtelijke medewerking nodig kan zijn ook al is er gebruik of genot overeenkomstig de bestemming. Het privaatrecht hoeft dus niet te wijken, deze 'bestemming' — wat die dan ook moge beduiden — verzet zich daar niet tegen. Bovenstaande uiteenzetting moge aantonen, dat er geen relatie gelegd kan worden tussen het bepaalde inzake gebruik overeenkomstig de bestemming in de gemeentewet — een belastingbepaling — en het in de Wegenwet geregelde gebruik. Aan het woord 'bestemming' — daarover werd reeds in hoofdstuk I een en ander opgemerkt — dient in artikel 277 gemeentewet niet de betekenis toegekend te worden welke dit woord heeft in de Wet of het Besluit op de Ruimtelijke Ordening noch dienen daaraan de gevolgen verbonden te worden welke de bestemming tot openbare weg ingevolge de Wegenwet heeft. De Hoge Raad ging in concreto steeds na voor welk doel die bepaalde weg diende, anders gezegd: of het gebruik met de functie van die weg strookte. Omwille van een juist inzicht in deze materie, zowel in publiek- als in privaatrecht, is het goed zich hiervan steeds weer rekenschap te geven.

In dit onderdeel komt dus aan de orde dat bijzonder gebruik dat samenhangt met — wat ik genoemd heb — de functie van de weg en wel met name

in relatie tot de eigenaar. Vragen als dient de eigenaar zulk gebruik zonder meer te dulden, is zijn toestemming daarvoor vereist, kan hij daarvoor een contraprestatie bedingen enz. zijn met een waas van onduidelijkheid omgeven. In het vorige onderdeel werd reeds aangehaald een gedeelte uit de Memorie van Toelichting bij het door de Staatscommissie voor de Waterstaatswetgeving in 1917 aan de Regering aangeboden ontwerp-Wegenwet. Daarin werd gewag gemaakt van vele werken van openbaar nut (electriciteitskabels, riolen, buizen voor gas en water) in de openbare weg. Gesteld werd dat hieromtrent de Wegenwet geen uitspraak diende te doen, maar een beschouwing vanuit een meer algemeen standpunt nodig was. Bij deze opmerking is het tot nu toe gebleven. Vele praktijkgevallen zijn er. Miniem wordt de rechter tot een uitspraak geroepen, terwijl met name de overheid-eigenares graag op haar privaatrechtelijke status een beroep doet, zeker als zij daaruit financiële voordelen kan trekken. En de betalende burger vraagt zich af waar nu de grens ligt voor de steeds weer op financiële vondsten uit zijnde overheid. Tot nu toe blijkt de civiele rechter geen onbegrip te tonen voor de financiële perikelen, waarmede de overheidslichamen – niet in het minst de gemeenten – te kampen hebben.<sup>10</sup> Voor de burger maakt het niets uit of hij door 'de kat of de hond' gebeten wordt. De overheid speelt immers voor allebei. Het wantrouwen tussen overheidsbestuur en bestuurde neemt er door toe. Een gevaarlijke ontwikkeling.

De eigenaar van de openbare weg wordt met heel wat bijzondere gebruikers geconfronteerd, die gebruik maken van die weg ingevolge de functie. Geen woonstraat is – normaal gesproken – denkbaar in deze tijd zonder dat de daaraan gelegen woningen kunnen aansluiten op openbare nutsvoorzieningen als leidingen voor electriciteit, water en gas en op het rioolleidingnet. Vele leidingen en buizen lopen onder het wegdek, brandkranen, putten e.d. bevinden zich in de weg, winkelstraten blijken alsmaar meer overdekt te worden, over de weg uitstekende reclameborden kondigen koopwaar aan en maken het pand bekend, luifels boven de weg bieden bescherming aan koper en koopwaar, zitbanken langs de weg dienen de rustzoekende, met bloemen gevulde bakken vrolijken de sfeer op. In de langs de verkeerssnelwegen zich bevindende bermen verrijzen picnicplaatsen, telefooncellen, praatpalen en hier en daar openbare toiletten. Nog veel voorzieningen zijn op te sommen welke allemaal op, boven en in de weg of de tot die weg behorende berm worden aangebracht; voorzieningen welke samenhangen met de typische functie van een weg. Uiteraard dienen vele wegen meer dan één functie, zeker waar het oudere situaties betreft kan men vaak van 'zeer gemengde' functies spreken, waarbij verkeerssnelweg, winkel- en woonstraat een en dezelfde openbare weg is. Practisch doen zich hier vaak problemen voor omdat de ene functie moeilijk te combineren valt met de andere, in juridisch opzicht zal met de feitelijke omstandigheden rekening moeten worden gehouden.

De kernvraag ten deze is: moet de eigenaar deze bijzondere functionele gebruikers op, in of boven de weg en berm hun gang laten gaan of vermag hij hierin iets te zeggen? Naar mijn gevoel kan de eigenaar voor het doen plaats vinden van zulk een bijzonder gebruik in beginsel niet zonder meer gepasseerd worden. Al is het in het belang van de bruikbaarheid van woningen nodig dat zij op gas, water en electriciteit zijn aangesloten en al is een

afvoer op het riool vaak niet te missen, dan wil dit nog niet zeggen, dat een eigenaar van een openbare weg ook alle leidingen, kabels, putten, pompen enz. in, boven en op die weg moet dulden *omdat* het een openbare weg betreft. Tenslotte is die openbare weg niet de enige weg, misschien wel de gemakkelijkste, voor het aanbrengen van die voorzieningen. Had men de eigenaar van de openbare weg als zodanig verplichtingen als deze willen opleggen, dan had de wetgever zulks moeten doen. De wetgever heeft dit uitdrukkelijk niet gedaan. Artikel 14 Wegenwet verplicht de eigenaar in geen dele daartoe, andere wettelijke bepalingen welke hem zulke verplichtingen opleggen zijn er niet. Toestemming van de eigenaar dient er voor dit soort gebruik gevraagd te worden. Met zijn eigendom gaat immers iets anders gebeuren dan waartoe hij gehouden is.<sup>11</sup>

Nog interessanter dan de vraag naar het betrekken van de eigenaar in dit soort gebruik is de vraag naar de voorwaarden welke de eigenaar kan verbinden aan zijn toestemming. Om tot een juiste beantwoording van deze vraag te komen zal men mijns inziens moeten onderscheiden. Gaat het om het aanbrengen van voorwerpen — om een bijzonder gebruik dus — die een algemeen nut, gelet op de *functie* van de betrokken openbare weg, dienen, dan zal de eigenaar redelijkerwijze niet meer mogen eisen dan een behoorlijke regeling in rechte — bijvoorbeeld een zakelijk recht van opstal — en schadevergoeding. Dat een eigenaar in zulk een geval niet meer profijt van zijn eigendom kan trekken, meen ik te kunnen motiveren met een beroep op de Belemmeringenwet Privaatrecht. De bijzondere voorzieningen zijn nutsvoorzieningen die in het algemeen belang — voortvloeiende uit de functie van de betrokken weg — worden getroffen. Deze voorzieningen worden ook meestal getroffen door overheidsinstanties danwel semi-overheidsinstanties of vanwege de overheid daartoe apart in het leven geroepen, daarmede samenwerkende of daartoe gesubsidieerde instellingen, met als eerste en voornaamste doel de betrokken openbare belangen te dienen. In geval van twijfel tussen eigenaar en bijzondere aspirant-gebruiker over het algemeen nut van die voorzieningen kan toepassing van de Belemmeringenwet Privaatrecht vaak uitkomst bieden. Gaat het om een bijzonder gebruik, dat niet direct voortvloeit uit de behartiging van het algemeen belang en dat niet als algemeen nut erkend moet worden, al is het ten dienste van gebruikers van die — functionele — weg, dan ligt de situatie ook voor de eigenaar naar mijn gevoelen anders. Het liefst zou ik het criterium hiervoor willen zoeken in wat ik zal noemen 'het profijtbeginsel'. Is de eerste en belangrijkste reden van het bijzonder gebruik voor die gebruiker gelegen in het profijt dat hij in het bijzonder daarvan kan trekken, dan is de eigenaar niet gehouden genoeg te nemen louter met schadevergoeding, maar kan hij voor dat gebruik van zijn goed dezelfde voorwaarden stellen als hij in het vrije verkeer aan al zijn andere goederen ook kan verbinden. Wil iemand een benzinepomp of benzinestation oprichten in de berm van de openbare autoweg dan kan en zal zulk een bijzonder gebruik van die berm zeer zeker ten dienste van de automobilist zijn, maar economische overwegingen zullen van doorslaggevende betekenis zijn voor het plaatsen van de betrokken installaties: waarom zou de eigenaar hier zijn grond niet zo economisch mogelijk mogen benutten? Het zou al te vreemd zijn dat de bijzondere gebruiker van de uitzonderlijke situatie van dat stuk grond wel profijt zou mogen trekken en de grondeige-

naar niet. Het vrije spel van loven en bieden behoeft hier niet prijs gegeven te worden op grond van het feit, dat een openbare snelweg in het geding is. Zo zouden er vele voorbeelden aan te halen zijn. Als principe zou ik willen stellen: gaat het in eerste instantie om openbare voorzieningen welke getroffen worden ten behoeve van situaties welke ook door die openbare weg gediend worden vanuit de functie die hij vervult, (bijvoorbeeld rioolbuizen, waterleidingen, gasleidingen en electriciteitskabels in woonstraten of overdekte passages, bloembakken en luifels in winkelstraten) dan is bij de huidige stand van zaken toestemming van de eigenaar voor dit gebruik vereist en heeft hij bij beëindiging van die functie recht op herstel in de oorspronkelijke toestand. Is evenwel in eerste instantie voor de bijzondere gebruiker het trekken van profijt van dat bijzonder stuk grond de reden tot het aanbrengen van de desbetreffende voorzieningen en laat de functie die de weg vervult het toe deze voorzieningen te treffen, dan moet de eigenaar vrij zijn met het goed te handelen op dezelfde wijze als hij met al zijn andere goederen in het algemeen kan. Het ware onjuist hem dan nog bijzondere beperkingen op te leggen. Een klein onderzoek in de dagelijkse praktijk wijst uit, dat het hierboven uiteengezette systeem in feite aldus functioneert. De dienst der domeinen pleegt om toestemming gevraagd te worden en deze blijkt zonder het bedingen van contraprestaties het gevraagde te verlenen als het betreft het aanbrengen van algemene nutsvoorzieningen omwille van dat algemeen belang zoals praatpalen en telefooncellen door de ANWB langs autowegen. Algemeen bekend is, dat wel degelijk door dezelfde dienst contraprestaties bedongen worden voor het oprichten van benzinestations, service-stations enz. Zo heeft deze dienst regels vastgesteld betreffende de categorieën rijkswegen (A, B, C) alsmede een onderverdeling gemaakt naargelang aantal pompen, tankplaatsen, hoeveelheid vierkante meters e.d., op grond waarvan bepaalde bedragen bedongen worden. Met betrekking tot wegrestaurants laat domeinen taxaties verrichten ter bepaling van de hoogte van de canon voor de in erfpacht uit te geven grond. De canon wordt regelmatig – om de vijf jaar – aangepast.

Ook de wetgever heeft soms een regeling voor het onderhavige bijzonder gebruik gecreëerd. In artikel 700 BW, waarvan de inhoud ook in artikel 5.4.14 O.Nieuw BW is terug te vinden, wordt van de eigenaar van een openbare weg verwacht dat hij het van daken van gebouwen aflopende water op die weg accepteert. Hiervoor is toestemming van de weg-eigenaar dus niet vereist: op hem rust deze verplichting op grond van de wet.<sup>12</sup> Het zowel in het BW als in het O.Nieuw BW gemaakte voorbehoud betreffende een mogelijk verbod bij wet of verordening, ziet niet op des eigenaars belangen, maar beoogt belangen van andere aard te dienen. Zo treft men in het Rijkswegenreglement, diverse provinciale wegenreglementen en APV's de bepaling aan, dat het verboden is water op de weg te laten uitlopen. Het spreekt voor zichzelf, dat hier veiligheidsoverwegingen aan ten grondslag liggen. Een andere wettelijke bepaling, uit een geheel andere achtergrond stammende als de vorige, is gegeven in artikel 8 der Drank- en Horecawet. Lid 1 van dit artikel bepaalt onder meer: 'Een krachtens artikel 3 verleende vergunning geldt ten aanzien van het verstrekken van alcoholhoudende drank niet: (.....) b. voor andere gedeelten van de openbare weg dan die, waar dat verstrekken bij gemeentelijke verordening uitdrukkelijk is toegestaan'. De vraag rijst hier

naar de positie van de eigenaar, indien een gemeentelijke verordening zulk een handelen toelaat. Duidelijk is, dat de vergunninghouder niet verplicht is gebruik te maken van de bij gemeentelijke verordening geopende mogelijkheid. Zo hij die mogelijkheid wil benutten, zal daaraan de verwachting tot het trekken van profijt ten grondslag liggen. Dat de eigenaar van zijn kant een vergoeding kan bedingen voor zulk een bijzonder gebruik, ligt voor de hand. Het arrest van de Hoge Raad van 18 februari 1942<sup>13</sup> moge ik daarbij nog eens in herinnering roepen, de grond behoorde i.c. aan de caféhouder toe. Geheel anders ligt de situatie en geheel buiten deze bepaling eveneens, als het een terras betreft bijvoorbeeld bij een motel langs een snelweg. Zo'n terras is een open aanhorigheid als bedoeld in artikel 1 lid 1 der Drank- en Horecawet en staat geheel buiten het in artikel 8 lid 1 sub b geregelde geval.

De wetgever heeft zich verder van regelingen die voor dit onderdeel van belang zouden kunnen zijn, onthouden. Aanknopingspunten voor het hierboven weergegeven standpunt zijn in de wet dan ook niet te vinden. Een enkel houvast meen ik te kunnen ontlenen aan enige uitspraken van de Hoge Raad. Overigens is daarbij bepaald niet te spreken van constante jurisprudentie of een uitgekristalliseerde leer. Met name wat het bijzonder gebruik van openbare wateren betreft is op ons hoogste rechtscollege enkele malen een beroep gedaan. In dit verband lijkt het me juist op die uitspraken van de Hoge Raad nader in te gaan. Aandacht vraagt het arrest van de Hoge Raad d.d. 19 januari 1962, NJ 1962, 151 m.n. J.H.B.. De Staat had van de gemeente Huizen geëist, dat deze het rioolwater zou zuiveren alvorens dit te lozen op het IJsselmeer. De gemeente Huizen liet dit na, hetgeen voor de Staat aanleiding was zich tot de rechter te wenden. Het Hof was van mening, dat de Staat als eigenaar van het IJsselmeer zich niet kan verzetten tegen de op dit meer drukkende openbare last tot het opnemen van rioolwater. De Hoge Raad dacht daar anders over:

'dat immers artikel 577, door den Staat ..... tot eigenaar te maken van de in het artikel genoemde zaken, waartoe het IJsselmeer behoort, aan den Staat ten aanzien van het IJsselmeer, dezelfde bevoegdheden heeft gegeven, die krachtens de artikelen 625 e.v. aan iederen eigenaar van een onroerende zaak toekomen;

dat daarmede onverenigbaar is dat de Staat als eigenaar van het IJsselmeer tegenover zich zou moeten laten gelden een door den Staat niet in het leven geroepen bestemming van dat meer tot het opnemen van rioolwater — ook in ongezuiverden staat — welke bestemming slechts zou kunnen worden beëindigd of beperkt 'langs publiekrechtelijke weg', waarmede het Hof blijkbaar doelt op het gebruik van de publiekrechtelijke bevoegdheden van de Staat;

O. dat, ook indien zou moeten worden aangenomen dat tot de publieke bestemming van het IJsselmeer, welke in algemenen zin blijkens 's Hof's arrest ook door den Staat wordt erkend, mede het opnemen van rioolwater zou behoren, niettemin de Staat bij zijn zorg over dit meer zou hebben te bepalen hoe ver deze bijzondere bestemming in verband met de andere belangen welke bij het IJsselmeer zijn betrokken, behoort te gaan en op welke wijze daarvan door de belanghebbenden kan worden gebruik gemaakt, terwijl de Staat ter verwezenlijking van hetgeen hij te dien aanzien nodig acht, daarbij gebruik kan maken van alle bevoegdheden welke hem als eigenaar van het IJsselmeer toekomen;

dat voor tussenkomsst van den rechter slechts plaats zou zijn, indien onder de gegeven omstandigheden zou moeten worden aangenomen dat de Staat na afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot de beslissing had kunnen komen dat de gemeente Huizen, alvorens het rioolwater in het IJsselmeer te lozen, voor de zuivering van dat water diende zorg te dragen.'

Dit belangwekkende arrest stelt in de zojuist aangehaalde eerste en tweede alinea als hoofdelementen de Staat is eigenaar, hij heeft als zodanig de bevoegdheden ex artikel 625 e v BW en de eigenaar behoeft niet een niet door de Staat in het leven geroepen bestemming tegen zich te laten gelden. De Hoge Raad laat in het midden of die bestemming door de Staat als eigenaar of op grond van publiekrechtelijke bevoegdheden of op grond van beide in het leven geroepen had moeten worden. Voor openbare wegen is dit in de Wegenwet geregeld. In casu had de Staat niet veel te bestemmen. Het IJsselmeer was ontstaan na afsluiting van de Zuiderzee, waarvan reeds vele jaren lang voor allerlei doeleinden gebruik was gemaakt. De Staat had de situatie zoals deze in de tijd door de natuur en menselijk ingrijpen gegroeid was, aangetroffen. De Staat had het IJsselmeer ook niet tot openbaar vaarwater bestemd.<sup>14</sup> Procureur-Generaal Langemeijer zegt in zijn conclusie voorafgaande aan dit arrest 'waar het een van nature bestaand water betreft, daar zal als reden, waarom de eigendom door het recht als regel aan de Staat wordt toegekend, het verkeersbelang op zichzelf beslissend zijn, zonder dat de andere voordelen, die het publiek van het water hebben kan, daarbij een rol spelen'. Ook Beekhuis brengt in zijn noot onder het arrest dit aspect onder de aandacht, waar hij zegt, dat 'niet de bestemming tot opnemning van afvalwater, maar die tot verkeersweg te water op de voorgrond stond'. Toch kan niet ontkend worden — de feiten wezen dat overduidelijk uit — dat sinds 's mensen heugenis rioolwater op het IJsselmeer geloosd werd. De Hoge Raad moest die barriere nemen en dat deed hij in de boven aangehaalde derde alinea: indien die bestemming moet worden aangenomen, dan moet de Staat bij zijn zorg over dat meer bepalen hoe ver deze *bijzondere bestemming* behoort te gaan. De Hoge Raad spreekt van bijzondere bestemming. Langemeijer meent dat het beter is, dat 'men een gewoonte als die van lozing van afvalwater in openbare wateren niet beschouwt als een 'bestemming' in de zin, waarin dit woord in ons administratief recht tot dusver is gebruikt in verband met voor het verkeer openstaan van land- en waterwegen'. Deze gedachtengang sluit meer aan bij mijn stelling, dat naast de bestemming beter van een bijzonder gebruik samenhangende met de functie van het betrokken publiek domein gesproken kan worden. De functie welke het IJsselmeer van oudsher ook toeliet zonder dat het primaire element van vaarwater teniet of in ernstige mate tekort werd gedaan, bracht een bijzonder gebruik met zich mede: het lozen op het IJsselmeer van rioolwater. Maar ook al moest de Staat als eigenaar — in de redenering van de Hoge Raad — dit bijzonder gebruik accepteren, de Staat had als beheerder — 'bij zijn zorg' — uit te maken hoe ver dat gebruik gaan kon. De Hoge Raad onderscheidt hier duidelijk. Ging het in eerste instantie over des eigenaars bevoegdheden, daarna — als die bevoegdheden ten aanzien van een object eenmaal omlind zijn — is het de beheerder die dat object in stand, bruikbaar, vrij en veilig dient te houden. Binnen de door de eigenaar aanvaarde of te aanvaarden bestemming en functie handelt de beheerder naar eigen inzicht, alle belangen afwegende. Deze afweging is in beginsel aan het oordeel van de eigenaar onttrokken. Nog een belangrijke overweging geeft de Hoge Raad als hij stelt, dat de Staat *ter verwezenlijking van hetgeen hij nodig acht gebruik kan maken van alle bevoegdheden welke hem als eigenaar van het IJsselmeer toekomen*, met andere woorden als eigenaar en beheerder dezelfde instantie is, dan kan die instantie

gebruik maken van haar eigenaarsbevoegdheden, ook als het gaat om belangen die overigens aan de beheerder zijn toevertrouwd. Hiermede wordt geen antwoord gegeven op de vraag of ook de beheerder — niet eigenaar — zich met succes tot de rechter had kunnen wenden. Van inbreuk op zijn eigendomsrecht zou dan immers geen sprake kunnen zijn. Overigens doet deze overweging geforceerd aan: eerst wordt gesteld dat indien het opnemen van rioolwater tot de publieke bestemming behoort, de Staat 'bij zijn zorg' — dat duidt op beheer, niet op eigendom — kan afwegen tegen andere belangen, om vervolgens te stellen, dat de beheerder na die afweging eigenaarsbevoegdheden kan aanwenden ter verwezenlijking van wat de beheerder nodig acht. Kan de Staat alléén optreden nu hij zowel eigenaar als beheerder is? En niet, als hij slechts één van deze hoedanigheden heeft? Het ware mijns inziens beter een bijzonder gebruik aan te nemen zoals boven gesteld is. De eigenaar als zodanig behoeft dat niet zonder meer te accepteren. De beheerder evenmin.

Een tiental jaren na deze zaak Huizen wordt de Hoge Raad wederom geconfronteerd met een ander gebruik van openbaar water dan als louter vaarwater, namelijk ten behoeve van de beoefening van de hengelsport. Dit leidde tot het arrest van 22 juni 1973, NJ 1973, 503 m.n. K.W., waarin de Hoge Raad onder meer overwoog:

'dat de Rechtbank er terecht van is uitgegaan dat de publieke bestemming van een openbaar vaarwater meebrengt dat de eigenaar moet dulden dat het gewone verkeer van dit vaarwater gebruik maakt, daaronder begrepen het ankeren dat met dit verkeer in zodanig verband staat dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken en welk ankeren de Rb. kennelijk op het oog heeft als zij spreekt van 'ankeren voor strikte verkeersdoeleinden';

dat de Rb. terecht heeft aangenomen dat daartoe niet gerekend kan worden het ankeren voor recreatieve doeleinden en met name ook ter beoefening van de hengelsport;

dat toch zodanig ankeren ten doel heeft het water waarin geankerd wordt anders te gebruiken dan als waterverkeersweg en uit de publieke bestemming van een openbaar vaarwater niet volgt dat het een ieder vrijstaat zodanig ander gebruik van het vaarwater te maken'.

De eigenaarsbevoegdheden blijken naar het oordeel van de Hoge Raad niet méér beperkt te mogen worden dan de openbare bestemming met zich mede brengt. Het gebruik als waterverkeersweg is het normale gebruik, hetwelk de eigenaar dient te dulden. Dit wordt aanvaard, ook al ligt dit niet in een wettelijke bepaling vast. Voor het overige kan het water wel een functie vervullen, met name biedt het meestal een leefwereld voor vissen, maar het staat niet vrij aan ieder daarvan gebruik te maken zonder des eigenaars toestemming. In dit arrest kan men duidelijke relatielijnen onderkennen tussen de verkeersbaan te land en die te water, waar ook voor het openbaar water het verkeersbaan zijn als de enige publieke bestemming wordt aangemerkt. De eigenaar — overheid of particulier — behoeft niet méér te dulden. Daarnaast spreekt de Hoge Raad mijns inziens terecht van een *ander gebruik* van het vaarwater en niet van een bijzondere bestemming.

De moeilijkheid rond de vraag omtrent de inhoud van de publieke bestemming en daarmee ook die naar het bijzonder gebruik doen zich regelmatig voor bij openbaar vaarwater. Een fraaie demonstratie hiervan is te vinden in de casus betreffende de Jan Hozengracht te Giethoorn, welke leidde tot het



arrest van de Hoge Raad d.d. 18 juni 1965, NJ 1966, 474. K. Bakker legde zijn vaartuigen aan in die gracht tegen bij hem in eigendom behorende percelen om passagiers te laten in- en uitstappen. Moest de eigenaar van de Jan Hozengracht — een openbaar vaarwater — dit zonder meer accepteren? Als de bestemming van openbaar vaarwater dit met zich mede zou brengen wel, maar als het een bijzonder gebruik was niet. Aangezien geen wettelijke regels bestaan die aangeven, zoals in artikel 14 Wegenwet met betrekking tot openbare wegen, wat de eigenaar van een openbaar vaarwater moet dulden, stond de rechter voor de vraag te bepalen wat de bestemming inhield en wie dat bepaalde. De Rechtbank stelde als uitgangspunten, dat K. Bakker het vaarwater mocht gebruiken overeenkomstig het gewone verkeer, waartoe in Giethoorn overeenkomstig het bestaande gebruik ook het aanleggen en laten stilliggen van boten voor een botenverhuurinrichting en rondvaartbedrijf in beginsel moest worden gerekend. Het Hof te Arnhem achtte de door de Rechtbank gebezigde bewijsmiddelen niet van dien aard, dat daaruit de conclusie te trekken viel als door de Rechtbank gedaan. Aangezien volgens het Hof dan ook niet bewezen was, dat het aanleggen en laten stilliggen van boten in de zin als door K. Bakker gedaan, tot een te Giethoorn bestaand algemeen gebruik gerekend kon worden, was er niet van gewoon verkeer door K. Bakker sprake. Van cassatie was niet veel heil te verwachten. De Hoge Raad had nauwelijks speelruimte, zoals ook uit zijn overwegingen blijkt:

'dat het Hof het door K. Bakker gestelde gebruik ten aanzien van het meren en doen stilliggen van de voor verhuur of rondvaart geëxploiteerde boten in de Giethoornse grachten niet bewezen heeft geoordeeld, omdat, al was bewezen dat de Gemeente dat meren en doen stilliggen in de haar toebehorende grachten toeliet, hieruit het bewijs van dat gebruik niet kan volgen, aangezien de Gemeente als eigenares van haar grachten voor dit toestaan de door het Hof vermelde redenen kan hebben gehad; dat het onderdeel, voorzover het bedoelt te klagen dat het Hof, aldus beslissende, zich heeft laten leiden door een door p.p. niet aangevoerde grond, faalt, omdat het Hof bij zijn waardering van hetgeen als bewijs van het gestelde gebruik was bijgebracht niet was gebonden aan de door p.p. voor het al dan niet geleverd zijn van dat bewijs aangevoerde argumenten;

.....

dat, voorzover in het onderdeel tenslotte wordt gesteld dat beperkingen ten aanzien van het gebruik van een openbaar vaarwater slechts door de beheerder van dat vaarwater, in dit geval dus door de gemeente Giethoorn, kunnen worden gesteld, het de bestreden beslissing niet raakt, immers het in dit geding niet gaat om de vraag of ten aanzien van de wijze waarop de Giethoornse grachten worden gebezigd, bepaalde beperkingen zijn gesteld, doch om de vraag wat ten aanzien van het bezigen van die grachten in Giethoorn als gebruik moet worden beschouwd;

.....

dat het Hof daarmee geen oordeel heeft gegeven nopens hetgeen in het Nederlandse recht in het algemeen onder het gewoon gebruik van een openbaar vaarwater moet worden verstaan, zodat het onderdeel in zoverre feitelijke grondslag mist; Verwerpt het beroep.'

Uit dit arrest wordt met name duidelijk, hoezeer de rechter bij gebreke van wettelijke regelen in het ongewisse verkeert over de vraag wat in concreto het zijn van openbaar vaarwater voor consequenties heeft voor de eigenaar van dat water, terwijl hij evenmin weet of de inhoud van het gebruik dat voortvloeit uit het zijn van openbaar vaarwater — het gewone verkeer —

mede bepaald wordt door plaatselijke gebruiken. De Hoge Raad ging om deze vraag heen: het Hof heeft geen oordeel gegeven nopens hetgeen in het Nederlandse recht in het algemeen onder gewoon gebruik van een openbaar vaarwater moet worden verstaan. De annotator van dit arrest, J.H. Beekhuis, acht het zeer aanvechtbaar, dat het gebruik van een openbaar vaarwater door het publiek wordt beslist door het plaatselijk gebruik. 'Niet wat *ter plaatse* gebruikelijk is ten aanzien van de wijze van gebruik van een openbaar vaarwater door het publiek, is m.i. beslissend, maar het gewoonterecht zoals dit geldt in het gehele land', stelt hij op blz. 1399, linker kolom, van NJ 1966. Naar mijn mening dient onderscheiden te worden: naast de inhoud van het begrip gewoon verkeer — dit zou voor alle openbare *vaarwateren* (niet alle wateren zijn overigens vaarwateren) in het gehele land gelijkelijk dienen te zijn — dient gelet te worden op de functie die een openbaar vaarwater heeft. De Rijn, de Waal, de Maas, het Schelde-Rijnkanaal, de Europoort-wateren, de Oosterschelde, de Grevelingen, het Sneekermeer en de Giethoornse grachten mogen alle openbare vaarwateren zijn, hun functie daarnaast is verschillend. De Hoge Raad was voorzichtig: hij onderschreef dat de eigenaar het *gewone* verkeer moest dulden over zijn openbaar vaarwater — ook hier weer een parallel met de openbare weg. Hij ontkende niet, dat de beheerder op gronden van het algemeen belang beperkingen kan opleggen aan de wijze waarop het gewone verkeer — in het arrest Huizen was sprake van het *bepalen van de mate van de bijzondere bestemming* — zich afspeelt. Hij liet des eigenaars bevoegdheid zo ruim mogelijk prevaleren, nu niet vaststond wat de publieke bestemming van dit openbaar vaarwater — het gewone verkeer — eiste. Beekhuis begint zijn noot met te stellen, dat hij de uitslag onbevredigend acht, even verder nader motiverend als volgt: 'Ik geloof dat niemand zal betwijfelen dat dit (bedoeld is het verkeer over de weg) medebrengt, dat het publiek jegens de rechthebbende ook gerechtigd is met voertuigen op de weg stil te staan ten einde passagiers of lading op te nemen die zich bevinden op de aan de weg grenzende percelen.' Die twijfel is bij mij wèl aanwezig. Zoals uit het volgende onderdeel zal blijken kan ik niet onderschrijven de stelling, dat de rechthebbende zonder meer dient te accepteren dat de weg vanuit daaraan grenzende percelen steeds betreden dient te kunnen worden. Onderscheiding is gewenst. Wat houdt het gewone verkeer in en welke mogelijkheden biedt daarenboven de functie die een weg of een water vervult? De regeling van het verkeer gaat de rechthebbende niet aan; de functie van zijn zaak wel. Zou de rechthebbende moeten accepteren, dat het Schelde-Rijnkanaal (duwvaart) gebruikt zou worden voor meren en doen stilliggen van voor verhuur te exploiteren boten? Vloeit dit voort uit het gewone verkeer?

Ten grondslag aan twee procedures welke geleid hebben tot uitspraken van de Hoge Raad lag het door mij genoemde 'profijtbeginzel', zonder dat overigens ons hoogste rechtscollege daarop zijn overwegingen deed steunen. De gemeente Hoogeloon, Hapert en Casteren achtte een stuk te onteigenen grond f.13,65 per m<sup>2</sup> minder waard omdat daarvoor geen uitwegvergunning was verleend (H.R. 2 februari 1966, NJ 1966, 415 m.n. N.J.P.) en de gemeente Eindhoven eiste van Staals een huursom van 1,4% van het totaalbedrag van de door middel van het verkooppunt, dat op voor de openbare dienst bestemde gemeentegrond was opgericht, verkochte benzine, berekend naar de consumentenprijs (H.R. 19 januari 1968, NJ 1968, 166 m.n.

G J S )<sup>15</sup> De onderliggende rechtvaardigheidsgrond is naar mijn mening in beide gevallen deze, dat het niet juist is een bijzonder gebruiker in bijzondere mate te laten profiteren van door de overheid primair voor andere doeleinden verworven goederen. In het eerstgenoemde arrest – waarop ik in het volgende onderdeel uitgebreid terug zal komen, daar ik mij nu beperk tot het ‘profiteren’ – werd daartoe onder meer overwogen

‘dat uit de in dat artikel (t w artikel 14 Wegenwet) aan de rechthebbende op en de onderhoudsplichtige van een openbare weg opgelegde plicht alle verkeer over die weg alsmede de uitvoering van alle werken voor aansluiting van wegen en uitwegen te dulden, voor de eigenaren van aan een openbare weg belendende bouwterreinen niet zonder meer het recht voortvloeit om vrijelijk – slechts afgezien van beperkingen terwille van het verkeer over die weg of van enig ander openbaar belang – op die weg uit te wegen, dat met name met die plicht niet in strijd behoeft te zijn dat de rechthebbende en onderhoudsplichtige gemeente als eigenares van die grond, waarop de Julianalaan is aangelegd, voor het verlenen van het recht van uitweg aan eigenaren van aan de weg belendende bouwterreinen het betalen van een geldsom bedingt’

Aandacht vraagt in dit verband ook de conclusie van Advocaat-Generaal Bakhoven, waar deze stelt

‘De gemeente was wettelijk niet verplicht een vergunning tot uitwegen te geven, en tegen het bedingen en in ontvangst nemen van een tegenprestatie voor het verlenen van een vergunning daartoe bestaat geen wettelijk beletsel. Ook kan niet gezegd worden, dat de gemeente misbruik maakte van de bevoegdheden, die het eigendomsrecht op die weg haar gaf, en van de feitelijke machtspositie welke haar medewerking voor haar wederpartij noodzakelijk deden zijn, nu de bedongen betaling enkel strekte ter compensatie van de kosten van aanleg van reeds gemaakte wegen, waarvan degene, die de vergunning kreeg, een bijzonder profijt trok ( )’

In het arrest van 19 januari 1968, NJ 1968, 166 onderscheidde de Hoge Raad in een van zijn overwegingen tussen

‘betalingen terzake van het gebruik van voor de openbare dienst bestemde zaken dat in beginsel voor ieder openstaat’ en ‘bijzondere gebruiksrechten welke aan bepaalde personen bij overeenkomst t a v zodanige zaken worden toegekend’

De annotator onder dit arrest, G J Scholten, merkt op dat deze onderscheiding om uitwerking vraagt

‘Het is duidelijk, zo stelt hij, dat bijvoorbeeld veergelden lasten zijn die iedereen kunnen treffen, zij zijn in de hoogste graad niet-bijzonder. Maar hoe bij precariorechten? Vergunningen om een zonnescherm boven het trottoir te mogen hebben kunnen m i nog algemeen genoemd worden al treffen heffingen daarvoor niet iedereen maar slechts de eigenaren of huurders van huizen. Maar hoe met vergunningen aan cafehouders om stoeltjes en tafeltjes op straat te zetten? Dat begint op de tankstationhouder te gelijken. Wellicht kan een grens gevonden worden door te onderzoeken of *alle* cafehouders die het vragen de vergunning krijgen dan wel een restrictieve vergunningspolitiek gevoerd wordt. Als de vergunning een voorrecht schept dat niet iedere gegadigde kan krijgen, kan men zeker zeggen dat een bijzonder gebruiksrecht is verleend, waarvoor artikel 275 en 287 niet exclusief gelden’

Buiten beschouwing kan hier blijven de problematiek welke voortvloeit uit een juiste toepassing van het bepaalde in het huidige artikel 277 gemeentewet en de daarmee samenhangende vraag of en zo ja, in welke gevallen een

gemeente de bevoegdheid heeft de privaatrechtelijke weg te volgen waar dit artikel toegepast zou kunnen worden. Dit zegt op zichzelf immers niets over de privaatrechtelijke bevoegdheden als zodanig. Vanuit de Wegenwet bezien behoeft de rechthebbende geen ander dan het in artikel 14 geregelde gebruik te dulden. Wat het ten openbare dienste bestemd zijn eist, is daar geregeld. Ieder ander gebruik, ook al staat dit in beginsel voor ieder open, behoeft de eigenaar niet zonder meer te nemen. Daar waar in het publiekrecht vergunningen nodig zijn om tot een bepaald gebruik van de ten openbare dienste bestemde zaak te komen, zoals op grond van het Rijkswegenreglement, provinciale wegenreglementen en bepalingen in gemeentelijke politieverordeningen geschiedt, wordt reeds door dat enkele feit erkend, dat de publieke bestemming zich niet zonder meer tot dat gebruik uitstrekt. Is een vergunning nodig om de zaak te mogen gebruiken, dan is er privaatrechtelijk geen verplichting dit gebruik zonder meer te accepteren. Staat het gebruik van de zaak in beginsel open, maar worden er nadere regels of eisen gesteld voor de wijze van gebruik — bijvoorbeeld rijbewijs, vergunning op grond van de Wet Autovervoer Personen, blauwe schijf — overeenkomstig haar bestemming, dan dient privaatrechtelijk het gebruik geaccepteerd te worden. Het kan ook voorkomen dat een vergunning voor het gebruik maken in een bepaalde gemeente niet nodig is, omdat deze gemeente terzake geen regels heeft gesteld. Voor de privaatrechtelijke bevoegdheid maakt dit geen verschil met de gemeente waar wel een vergunning gevraagd wordt. Relevant is of een vergunning gevraagd *kan* worden, niet of ze geëist wordt. Het betreft immers de openbare weg: een onroerende zaak met dezelfde bestemming en gevolgen in heel het land. De gemeente Eindhoven bewandelde de privaatrechtelijke weg omdat 'aan de gegadigde een voor hem financieel voordelige monopoliepositie wordt verschaft' en van het feit dat zij daartoe de mogelijkheden bood, wilde zij als eigenares het nodige 'profijt' trekken. Zou de weg geen eigendom van de gemeente Eindhoven zijn geweest, dan had de andere eigenaar profijt van zijn weg kunnen trekken, de gemeente had dan nog indien deze weg bij haar in beheer was geweest een retributie kunnen heffen op grond van het huidige artikel 277 gemeentewet. Dezelfde redenering dient naar mijn mening ook gevolgd te worden als het gaat om gebruik van openbare wegen als kermisterrein en dergelijke. Zoals reeds eerder werd gesteld betreft dit een bijzonder gebruik van de weg. Hier kan naar het reeds eerder besproken verkeersrechtelijk aspect verwezen worden. En wat het waterstaatsrechtelijk aspect betreft kan onder meer gewezen worden op artikel 4 van het Rijkswegenreglement waar het zonder vergunning van de Minister verboden is van rijkswegen gebruik te maken 'tot het houden van tentoonstellingen, paarden- of veekeuringen, feesten, markten of kermissen', enzovoort. Men zou dit aldus kunnen zien, dat de Minister bij zijn beoordeling over het al dan niet verlenen van zo'n vergunning afweegt of de functie die de onderhavige weg vervult een dergelijk gebruik toelaat, gezien vanuit het waterstaatswerk. In provinciale wegenreglementen en gemeentelijke APV's komen soortgelijke bepalingen voor. In civielrechtelijke zin bezien behoeft de eigenaar dit bijzonder gebruik niet te accepteren. Met name voor het innemen van standplaatsen bij kermissen worden soms aanzienlijke bedragen geïnd. Waarom zou de eigenaar geen profijt mogen trekken van het feit dat hij zijn grond — een openbare weg — ter beschikking stelt voor het plaatsen van kermistoe-

stellen? De gemeente Eindhoven wees daar in laatstvermeld arrest ook op, zie NJ 1968, blz. 588, rechter kolom. Daartegenover is het niet geoorloofd voor gewoon verkeersgebruik van een openbare weg zoals het parkeren van een auto — waaronder ook de parkeerexcessen te rekenen zijn (artikel 85 RVV) — privaatrechtelijke overeenkomsten te sluiten. Dit parkeren heeft de recht-hebbende te dulden (artikel 14 Wegenwet), zijn eigendomsbevoegdheden zijn op dit punt ingeperkt door de publieke bestemming tot openbare weg.<sup>17</sup>

De conclusie kan kort zijn. Bijzonder gebruik dat samenhangt met de functie van de openbare weg behoeft de rechthebbende niet zonder meer te dulden. De Belemmeringenwet Privaatrecht kan vaak uitkomst bieden voor de beperking van de privaatrechtelijke bevoegdheden wanneer het voorzieningen betreft ten algemene nutte aan, op, boven of in de openbare weg. Wordt het bijzonder gebruik gevraagd om de gebruiker financieel voordeel te laten trekken van de openbare weg, dan is er geen reden de eigenaar geen profijt daarvan te laten trekken.

c. Het betreden van de openbare weg van terzijde

‘Het gebruik van de openbare weg sluit in zich het betreden van de weg terzijde, het maken van de daartoe nodige uitwegwerken en het aansluiten van wegen op die weg’, stelt Damen op bladzijde 14 van zijn reeds meermaalen aangehaald proefschrift. Hij motiveert dit aldus: ‘De openbare weg zou zijn betekenis missen indien hij niet van de aanliggende gebouwen en erven zou mogen worden betreden en de daartoe nodige uitwegwerken niet zouden mogen worden aangelegd. Dit betreden is toch het begin van het verkeer op de weg’. Niet zonder reden heb ik het onderhavige onderdeel ingedeeld bij het bijzonder gebruik van de openbare weg. Hieruit blijkt reeds dat ik de boven aangehaalde stelling van Damen niet kan onderschrijven. Mijn argumentatie berust op dezelfde overwegingen als zojuist zijn aangegeven: de ene openbare weg is de andere niet. Men zal dit afhankelijk moeten stellen van de functie die een openbare weg heeft. Tot het algemeen gebruik van de openbare weg behoort het betreden van terzijde niet en òf het bijzonder gebruik zulk een betreden van terzijde toestaat danwel vereist is afhankelijk van de functie van de weg, welke functie immers de inhoud van het bijzonder gebruik bepaalt. Iedereen beseft, dat men vanuit zijn huis de weg moet kunnen opgaan, iedereen weet evenzeer dat het in strijd is met het karakter van een auto(snel)weg dat vanuit elk daaraan grenzend erf een uitweg daarop mogelijk moet zijn.

Bij de in de rechtspraak en literatuur overheersende, maar overigens niet door eenieder aanvaarde opvatting sluit ik mij aan, dat noch uit artikel 715 BW noch uit artikel 14 Wegenwet volgt, dat de aangrenzende eigenaren op de openbare weg een recht van uitweg hebben danwel op de eigenaren van de openbare weg de plicht zou rusten om de aangrenzende (eigenaar) een uitweg op die weg toe te staan.<sup>18</sup> Van geval tot geval zal moeten worden gezien of uit de bijzondere functie van de weg voortvloeit, dat de aangrenzenden — eigenaar of niet — vrije toegang vanuit hun erf op die weg hebben. Het hebben van zo’n toegang tot de weg kan onder omstandigheden zo nauw verweven zijn met de functie van die weg, dat deze functie niet behoorlijk tot haar recht kan komen als die toepassingsmogelijkheid zou ontbreken. Zo

zal een woonstraat uit de aard van woonstraat — niet uit de verkeersfunctie — tengevolge hebben, dat vanuit de woningen de weg kan worden opgegaan. Als een zo nauwe relatie tussen de bijzondere functie van de weg en het bijzonder gebruik aanwezig is, dat het één niet los te denken is van het ander, dan is geen toestemming van de eigenaar van de weg vereist, terwijl deze dan ook uit de aard der zaak geen aanspraak kan doen gelden op schadevergoeding. In die gevallen heeft dit bijzonder gebruik — bijzonder ten opzichte van het verkeersgebruik — een algemeen karakter aangenomen. Anders bezien: de meer specifieke 'bestemming' — niet de bestemming van het waterstaatswerk ten openbare dienste — tot woon- of winkelstraat brengt na realisatie<sup>19</sup> met zich mede, dat het privaatrecht hier wijkt. Het publiekrecht — bijvoorbeeld het bestemmingsplan — stelt zijn eisen daartoe. De woonstraat zou niet als zodanig kunnen functioneren en de winkelstraat al evenmin, indien niet eenieder vrij vanaf de weg de woningen en winkels zou kunnen betreden en omgekeerd. Naast de verkeersfunctie heeft die straat een andere functie, te weten het dienen tot ontsluiting van woningen en winkels. Niet de weg als waterstaatswerk ten openbare dienste bestemd, maar de nauwe relatie tussen weg en gebouwen vindt erkenning. Ook dit is een algemeen belang.

Of men slechts te voet danwel ook per auto van terzijde de weg op mag gaan wordt bepaald hetzij door het bestemmingsplan — bijvoorbeeld in geval van de mogelijkheid van de bouw van garages of 'carports' — hetzij door de situatie ter plaatse<sup>20</sup>. Waar het bestemmingsplannen betreft welke na de in werkingtreding van de Wet op de Ruimtelijke Ordening tot stand gekomen zijn, is over het algemeen voldoende duidelijk bepaald wat er mogelijk is. In stedenbouwkundige kommen blijkt de bouwverordening vaak uitkomst te moeten bieden (gebruiksbeplanning). Een uitrit kan op verkeersmotieven geweigerd worden. Is de weg een veldweg, dan brengt zijn karakter met zich mede, dat men vanaf de terzijde gelegen gronden daarop een uitweg heeft; dan behoort het tot de functie van die weg aan het landbouwverkeer ontsluiting te bieden. De eigenaar van die weg zal zulks dienen te accepteren. Naast het bestemmingsplan zal hier nog meer de feitelijke situatie bepalen in welke mate uitwegen op een weg plaats vindt. Verkeersmotieven spelen eveneens een rol. Ook hier is de functie bepalend. Niet het feit dat het een openbare weg is in de zin van de Wegenwet is het criterium. In het waterstaatsrecht wordt dan ook het maken en behouden van uitwegen soms aan een vergunning verbonden. Zo bijvoorbeeld in artikel 5 lid 1 sub b van het Rijkswegenreglement en in alle provinciale wegenreglementen. Ligt een erf aan een auto(snel)weg, dan vloeit het uit de aard van deze weg voort dat in beginsel geen ontsluiting tussen naastgelegen huizen en gronden en die weg aanwezig is. Wenst een eigenaar van een erf aansluiting op zo'n weg, dan behoeft hij toestemming daartoe van de eigenaar van die openbare verkeersweg. Deze kan daarbij overigens de beperkte kring van zijn bevoegdheid niet overschrijden en zal ervoor moeten waken, dat hij zich niet begeeft op het terrein van bijvoorbeeld de beheerder.

Als vanzelf voert deze uiteenzetting naar het arrest van de Hoge Raad van 2 februari 1966 dat zeer veel pennen in beweging heeft gebracht. De casus die aan dit arrest ten grondslag ligt, geeft een typische demonstratie van dooreenstrengeling van publiek- en privaatrecht. Wenst iemand een bouwvergunning (publiekrecht), dan dient het te bebouwen terrein een uitweg naar

de weg te hebben, het verlenen van toestemming tot het verkrijgen van een uitweg geschiedt door de eigenaar (privaatrecht), de eigenaar kan daarvoor een financiële tegemoetkoming vragen (privaatrechtelijke overeenkomst), welke tegemoetkoming in casu verrekend kan worden met een door de gemeente geheven baatbelasting (publiekrecht). De gemeente Hoogeloon c.a. had dit samenspel van regels ontworpen om te bereiken, dat zij op iedere bouwer voor 100% de door haar gemaakte kosten ten behoeve van openbare voorzieningen zou kunnen verhalen. Het arrest is in zoveel bladen afgedrukt<sup>21</sup> en besproken<sup>22</sup>, dat het overbodig is dit ook hier onverkort weer te geven. Ik beperk mij nu tot het voor dit onderdeel der studie belangrijkste aspect. Vooraf zou ik erop willen attenderen dat deze casus op een goede wijze tot uitdrukking brengt welke consequenties verbonden zijn aan de hier heersende opvatting over het publiek domein. Ten onrechte wordt dan ook naar mijn gevoelen door sommigen (Prins en Gerbrandy) de kern van de problematiek in de uitspraak van de Hoge Raad gezocht in de aan artikel 14 Wegenwet gegeven interpretatie.

‘dat uit de in dat artikel aan de rechthebbende op en de onderhoudsplichtige van een openbare weg opgelegde plicht alle verkeer over die weg alsmede de uitvoering van alle werken voor aansluiting van wegen en uitwegen te dulden, voor eigenaren van aan een openbare weg belendende bouwterreinen niet zonder meer het recht voortvloeit om vrijelijk – slechts afgezien van beperkingen terwille van het verkeer over die weg of van enig ander openbaar belang – op die weg uit te wegen’

Niet artikel 14 Wegenwet maar de functie – hierboven heb ik dat duidelijk trachten te maken – bepaalt of en in welke mate de eigenaar van de openbare weg zonder meer de aangrenzenden vanuit hun erven op die weg moet toelaten. N.J. Polak geeft in zijn annotatie onder het arrest in Nederlandse Jurisprudentie een argumentatie op twee gronden voor de stelling, dat artikel 14 Wegenwet geen recht of aanspraak verschafft op uitwegen op een openbare weg: ten eerste, omdat artikel 14 ziet op de verhouding tussen overheid en rechthebbende en ten tweede, omdat uit de Verkeerswet tegen lintbebouwing en haar wetsgeschiedenis<sup>23</sup> volgt, dat de wetgever ervan uit is gegaan ‘dat niemand “recht op uitwegen” heeft’. Aan artikel 715 BW kan geen recht tot uitweg op de openbare weg worden ontleend. Daarover zijn de meeste schrijvers en de Hoge Raad het eens. Smalbraak zegt het bondig aldus: ‘Het regelt de manier waarop een erf, niet aan een openbare weg gelegen, tot *aan* de openbare weg mag komen, maar niet of men *op* de weg mag komen’<sup>24</sup>.

Zoals ik eerder toezegde ga ik in dit verband nog nader in op hetgeen bepaald is in lid 3 sub II van artikel 14 der Wegenwet. Mijn standpunt daarover is reeds duidelijk uitgesproken: uit het feit dat de eigenaar de uitvoering van alle werken vereist voor aansluiting van wegen en uitwegen te dulden heeft, vloeit mijns inziens niet voort een voor eenieder geldend recht – hetzij zakelijk, hetzij persoonlijk – van uitweg op de openbare weg.<sup>25</sup> De argumenten hiervoor zal ik eens op een rijtje zetten. 1. lid 3 regelt een aantal praktische activiteiten die er aan, op of in een openbare weg verricht moeten worden, wil deze aan zijn bestemming – alle verkeer er over te laten gaan – voldoen, 2. lid 3 ziet op een bijzonder gebruik en bepaald niet op het gedrag van iedere weggebruiker, 3. de genoemde activiteiten zijn typisch activiteiten

welke tot de zorg van de beheerder behoren; 4. de Verkeerswet tegen lintbebouwing (wet van 31 mei 1937, Stb. 522) zou in artikel 8 een regeling geven die zich moeilijk laat verstaan met een subjectief recht van uitweg op grond van artikel 14 lid 3 sub II Wegenwet; 5. indien in lid 3 sub II van artikel 14 Wegenwet een burgerlijk recht van uitweg gecreëerd zou zijn van ieder aangrenzende eigenaar of gebruiker ware het niet onmogelijk, dat het Rijkswegenreglement en alle of verschillende provinciale wegenreglementen onverbindende bepalingen zouden bevatten, waar zij een verbod tot uitwegen uitvaardigen, over welker verbindendheid overigens door niemand twijfels zijn uitgesproken.

De vraag zou nu gesteld kunnen worden, welke betekenis dan wél aan het bepaalde in artikel 14 lid 3 sub II toegekend moet worden. Het lijkt me juist dit hier nader te bezien, aangezien duidelijk een civielrechtelijk aspect aan de orde is dat de rechthebbende op een openbare weg betreft: 'de rechthebbende heeft te dulden de uitvoering van alle werken vereischt voor aansluiting van wegen en uitwegen'. De wetgever heeft er zich bij het redigeren van deze bepaling rekenschap van gegeven, dat de overheidszorg voor waterstaatswerken mede omvat het tot stand brengen van aansluitingen tussen verschillende wegen en het aanbrengen van uitwegen. Zou de rechthebbende op een openbare weg alleen het verkeer over die weg te dulden hebben, dan zou hij zich steeds ertegen kunnen verzetten, dat die weg aangesloten zou worden op een andere weg, dat een uitweg daarop aangesloten zou worden, dat aan 'zijn' weg onderhoudswerkzaamheden uitgevoerd zouden worden en dat verkeersborden in de wegberm geplaatst zouden worden. Deze de rechthebbende toekomende bevoegdheid heeft de wetgever willen inperken. Meer niet. De bevoegde overheidsinstanties zouden niet op bezwaren van rechthebbenden moeten kunnen stuiten bij de tenuitvoerlegging van de overheidstaak, hetzij door de overheid zelf hetzij in opdracht van haar door derden. Had een rechthebbende een weg tot openbare weg bestemd, dan moest het niet mogelijk zijn dat hij achteraf op bijkomende elementen moeilijkheden maakte, zodat bijvoorbeeld via onteigening alsnog de overheid haar 'recht' moest zoeken. Niet van eenieder — alle verkeer — zou de rechthebbende moeten dulden dat er aan zijn weg 'getimmerd' werd, of op die weg aangesloten werd, maar hij had het wel te accepteren in het publiek belang. Nadat in het publiek belang overeenkomstig de daarvoor vastgestelde procedure door de bevoegde instantie besloten was een aansluiting of uitweg aan te brengen op een openbare weg, had de rechthebbende de uitvoering van de daarvoor vereiste werken te dulden, met recht op schadevergoeding voorzover het de berm en bermstrook betreft (lid 4).

In aansluiting op de hierboven sub 4 en 5 genoemde argumenten is enige beschouwing over de Verkeerswet tegen lintbebouwing en de provinciale wegenreglementen hier op haar plaats. De Verkeerswet tegen lintbebouwing verbiedt onder meer het uitwegen naar en het aanbrengen van de daarvoor bestemde werken op onder beheer van het Rijk staande wegen<sup>26</sup> of wegvakken. Van dit verbod kan ontheffing verleend worden: artikel 8. Lid 3 van artikel 8 bepaalt: 'Degene, die aantoonst, dat hij reeds voor het in werking treden dezer wet een burgerlijk recht op uitweg tegenover het Rijk had, wordt geacht zulk een ontheffing te hebben'. Het is goed op enige punten hierbij te wijzen. Vooreerst dat er gesproken wordt van 'een burgerlijk recht



op uitweg tegenover het Rijk'. Dat kan een zakelijk of een persoonlijk recht zijn. In beide gevallen dient zo'n recht tegenover het Rijk te bestaan. Is niet het Rijk eigenaar van een weg — in de zin van de Verkeerswet tegen lintbebouwing — dan zal een zakelijk recht van uitweg op die weg de zakelijk gerechtigde niet baten, zolang hij daarnaast niet een ontheffing van de betreffende minister heeft. Deze heeft erop toe te zien dat de weg aan redelijke eisen inzake veiligheid van die weg en vrijheid van het verkeer over die weg zal voldoen.<sup>27</sup> Vervolgens stelt de wet dat het Rijk nu publiekrechtelijk dient te accepteren wat het in het verleden privaatrechtelijk heeft toegestaan. De wetgever heeft in aansluiting hierop in artikel 10 lid 1 bepaald, dat indien door intrekking der ontheffing of door het stellen van nieuwe voorwaarden de uitoefening van het burgerlijk recht op uitweg geheel of gedeeltelijk onmogelijk wordt, 'de eigenaren en andere zakelijk gerechtigden' volledige aanspraak op schadeloosstelling hebben. Over persoonlijke rechten spreekt de wet hier niet. Deze in de Verkeerswet tegen lintbebouwing gegeven regeling bevestigt de visie, dat noch in artikel 14 in het algemeen noch in lid 3 sub II daarvan in het bijzonder de Wegenwet ten behoeve van eenieder een zakelijk of persoonlijk recht van uitweg heeft gecreëerd naar openbare wegen. Zou zulks immers het geval zijn geweest dan zou dat recht bestaan hebben voor alle openbare wegen in de zin van de Verkeerswet tegen lintbebouwing op het moment der in werking treding voorzover deze wegen privaatrechtelijk van het Rijk waren. Het Rijk zou dan als eigenaar van die wegen — van nagenoeg al die wegen was het Rijk eigenaar — een zakelijk of persoonlijk recht van uitweg tegenover zich gevonden hebben op grond van artikel 14 lid 3 sub II Wegenwet een burgerlijk recht van uitweg in artikel 14 had neergelegd. Er tegen lintbebouwing gegeven regeling geacht werd een ontheffing te zijn van het verbod tot uitweg als gesteld in lid 1 van artikel 8. Zou de ontheffing ingetrokken worden, dan zou het recht blijven bestaan, maar de zakelijk gerechtigde zou schadeloos gesteld dienen te worden. Mocht iemand een persoonlijk recht van uitweg jegens het Rijk hebben, dan zal — de wet stelt daaromtrent niets — door ontbinding van de overeenkomst en schadevergoeding de oplossing gevonden moeten worden. Deze uiteenzetting geeft mijns inziens duidelijk aan, dat de wetgever een dergelijke regeling zonder aan dit aspect enige aandacht te schenken niet in het leven had geroepen, als de Wegenwet een burgerlijk recht van uitweg in artikel 14 had neergelegd. Er zou een fraaie methode zijn bedacht om bepaalde burgers aan gemeenschaps-gelden te helpen. Dit kan niet het geval geweest zijn.

Dat de in het Rijkswegenreglement en in alle provinciale wegenreglementen opgenomen verbodsbepalingen tot het maken van uitwegen naar openbare wegen — zulks in het belang van het waterstaatswerk — niet in strijd zijn met het bepaalde in artikel 14 Wegenwet is uit het vorenstaande voldoende naar voren gekomen. Waar de lagere overheid in de publiekrechtelijke zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van haar wegen het nodig heeft geoordeeld in haar verordeningen te verbieden uit te wegen op die wegen heeft zij gehandeld binnen de kring van haar bevoegdheid. Zij mocht niet zo ver gaan dat zij daardoor een zakelijk recht van uitweg teniet deed. Was dit in een bijzonder geval nodig, dan diende dit door middel van onteigening te geschieden. Persoonlijke rechten van uitweg jegens het betrokken overheidslichaam zullen beëindigd dienen te worden door

middel van ontbinding van de overeenkomst met toekenning van schadevergoeding.

Een laatste facet van deze materie moge enige aandacht krijgen in de volgende vraag. Welke mogelijkheden heeft de eigenaar van een openbare weg jegens hem die van de daartoe bevoegde instantie — bijvoorbeeld Rijk of provincie — een ontheffing van het verbod tot uitwegen heeft gekregen? Bij de beantwoording van deze vraag dient onderscheiden te worden. Met de werking van het verbod kunnen twee verschillende doeleinden beoogd worden. Het verbod kan gesteld zijn met het doel om op de situatie afgestemde voorwaarden te verbinden aan een normaliter te verlenen ontheffing. De uitweg kan in dit geval aangemerkt worden als een gevolg van de functie van de ontsluiting biedende weg, maar de wijze waarop die gestalte krijgt — bijvoorbeeld naar breedte, naar keuze van materialen — wordt in de voorwaarden aangegeven. De eigenaar komt dan geen bevoegdheid toe, hij dient de uitweg — inherent als deze is aan de functie van de weg — te accepteren. Het verbod kan ook beogen het uitwegen zonder meer te verbieden. Het stelt als het ware een sanctie op hetgeen uit de aard van de situatie voortvloeit. Ontheffing ervan wordt slechts bij hoge uitzondering gegeven en zij verschaft een bijzondere positie aan degene aan wie ze verleend wordt. Niet het belang van de weg wordt gediend — de situatie waarop artikel 14 lid 3 sub II Wegenwet ziet — maar het particulier belang. De functie van de weg vraagt niet om deze maatregel. Als zich dit geval voordoet, kan de eigenaar niet voorbij gegaan worden. Zijn openbare weg brengt niet met zich mede, dat daarop een uitweg wordt aangesloten. Voor het verkrijgen van die aansluiting is zijn medewerking vereist. De eigenaar zal kunnen weigeren. Hij dient er zich ten deze — nu publiekrechtelijk ontheffing is verleend voor dit uitzonderlijk geval — wel rekenschap van te geven, dat hij misbruik van zijn recht maakt, indien hij een verzoek om uitweg te verschaffen afwijst onder omstandigheden waardoor deze weigering een kennelijk onredelijk karakter draagt.<sup>28</sup>

Met nadruk moet aan het slot van dit onderdeel erop gewezen worden, dat in dit geschrift de onderhavige materie vanuit de privaatrechtelijke invalshoek benaderd wordt. In dit hoofdstuk is daarbij met name de vraag aan de orde of en zo ja, in welke mate de eigenaar van een openbare weg in ons rechtssysteem vanuit zijn eigendom zeggenschap heeft over het uitwegen op die weg. Niet relevant is wie eigenaar is, maar wel de vraag in hoeverre de eigendom bevoegdheden geeft. Daarom kon de Hoge Raad in het Hoogeloan-arrest dan ook ten principale voorbijgaan aan de vraag of het uitwegvergunningstelsel en het door toepassing daarvan bedingen van bijdragen in strijd was met artikel 48 Woningwet:

‘dat ..... immers die bijdrage door de gemeente niet in de uitoefening van haar publiekrechtelijke taak voor het verlenen van een bouwvergunning wordt bedongen, doch voor het als eigenares van de ondergrond van de Julianalaan verlenen van het recht tot uitwegen op die weg’.

Niet aan de orde kwam in dit arrest de naar mijn mening principiële vraag betreffende de uit de eigendom in casu voortvloeiende bevoegdheid: ‘Was door de publieke functie die de Julianalaan vervulde het privaatrecht nog in die mate van toepassing?’ Dat de Kroon — publiekrechtelijk toetsend — bij

herhaling een aanvulling in de bouwverordening inhoudende de eis dat 'een uitweg verzekerd is die doeltreffend is in verband met de bestemming van het gebouw en met betrekking tot de ligging in verband met verkeerssituaties' niet geaccepteerd heeft, moge algemeen bekend worden geacht.<sup>29</sup> Ter afsluiting moge ik citeren uit het Koninklijk Besluit van 29 oktober 1975 Stb. 600<sup>30</sup>, waar de Kroon overweegt

'dat, indien voor de oprichting of het gebruik van een gebouw hetzij overeenkomsten met of toestemmingen van de eigenaar van de weg, hetzij naast de bouwvergunning andere publiekrechtelijke vergunningen, ontheffingen of dergelijke nodig zijn, het van goed beleid getuigt, indien het gemeentebestuur de aanvrager van een bouwvergunning daarop wijst;

dat echter voor een bepaling, als waartoe in casu de raad der gemeente Soest door aanvulling van artikel 37, eerste lid, heeft besloten, in de bouwverordening geen plaats is.'<sup>31</sup>

De Kroon erkent hier expliciet, dat het nodig kan zijn van de eigenaar van een weg medewerking te verkrijgen om op die weg uit te wegen. Op dit punt verschillen Kroon en Hoge Raad niet van mening. De eigendom kan zich in het Nederlands recht doen gelden. In het bovenstaande is getracht lijnen te trekken voor het wanneer en in welke mate.

#### *Par. 5 Eigendom van de openbare weg bij overheid en particulier<sup>1</sup>*

In zijn beschouwing over 'De overheid als eigenares van onroerende zaken' stelt S. Gerbrandy enige interessante vragen aan de orde. Volledigheidshalve haal ik deze hier aan:

'I. Indien de overheid eigenares is van een onroerende zaak en deze zaak is bestemd tot openbaar nut, is dan het burgerlijk recht daarop van toepassing; en zo ja, in hoeverre?'

'II. Indien de overheid eigenares is van een onroerende zaak en deze zaak is bestemd tot openbaar nut, in hoeverre betekent dat dan dat de overheid méér, dan wel dat zij minder recht heeft dan zij krachtens het gemene burgerlijk recht zou hebben?'

'III. Indien de overheid eigenares is van een onroerende zaak, is dan — ongeacht of de zaak al dan niet is bestemd tot openbaar nut — in die eigendom een grondslag te vinden voor het stellen van regels welke óók (of juist niet) bij verordening, K.B. of dgl. hadden kunnen worden opgelegd?'

Voorzover zij van belang is voor het onderhavige onderwerp is de eerste van deze drie vragen in het voorgaande voldoende besproken met uitzondering van het burennrecht, waarop ik in het volgende hoofdstuk zal ingaan. De tweede vraag dient hier, althans voorzover zij de openbare weg betreft, beantwoord te worden. Voor deze studie zou ik haar aldus willen formuleren: heeft de overheid als zij eigenares is van een openbare weg méér of minder recht dan het gemene recht aan een particulier die eigenaar is van een openbare weg toekent? Met betrekking tot het 'minder' komt Gerbrandy tot de conclusie, dat particulier en overheid gelijk staan, ten aanzien van het 'méér' oordeelt hij anders. Een zeer duidelijk voorbeeld hiervan neemt hij waar in het Gorsselse bomen-arrest: de overheid-eigenares mocht op haar terrein bomen planten ter plaatse waar zij, gezien artikel 713 BW, zulks niet zou mogen doen indien het een niet-openbare of niet te haren laste komende weg

geweest was.<sup>3</sup> Ter verduidelijking moge ik beginnen met de bewoordingen van 's Hogen Raads arrest ten dele aan te halen

'dat ..... de bijzondere positie welke de aan overheidslichamen toebehorende en ten openbare nutte bestemde zaken van ouds in het recht hebben ingenomen, o.m. meebrengt dat de in het Burgerlijk Wetboek vervatte bepalingen betreffende de rechten en verplichtingen van de eigenaren van naburige erven ..... buiten toepassing moeten blijven ingeval die toepassing onverenigbaar is met die bestemming of met de voorzieningen, welke met het oog op de verwezenlijking daarvan vereist zijn,

dat daarbij de vraag welke voorzieningen met het oog op de verwezenlijking van de ten openbare nutte gegeven bestemming met betrekking tot zodanige onroerende goederen moeten worden getroffen, in beginsel staat ter beoordeling van de overheidsorganen die met de zorg over die goederen zijn belast,

dat deze organen binnen de grenzen van de ..... op hen rustende taak ter verwezenlijking van de publieke bestemming dezer zaken naar eigen inzicht ..... de hun toevertrouwde overheidsbelangen tegen het betrokken particuliere belang moeten afwegen en, zo op die wijze door hen een voorziening is getroffen, de eigenaren van aangrenzende erven zich tegen de totstandbrenging of instandhouding daarvan niet met een beroep op de rechten en verplichtingen, welke volgens de bovenbedoelde bepalingen voor de eigenaren van naburige erven in het algemeen hebben te gelden, zullen kunnen verzetten'

'Om de zaak nu eens heel kras samen te vatten' aldus Gerbrandy, 'zou men het zó kunnen zeggen: De Gemeente Gorssel zei: of dat burgerlijk recht van U, Pasman c.s. (nog) bestaat, daarover beslist niet gij, daarover beslist zelfs niet de rechter, daarover beslist ik, Gorssel. En de gemeente kreeg gelijk (behoudens marginale toetsing, maar dat is een uiterste grensgeval)'. Als dit arrest in ons systeem past en de overheid niet slechts vrij is in de afweging van *belangen*, maar ook in de aantasting van *rechten* 'dan zijn wij, langs een omweg, weer beland bij de (inmiddels ook geëvolueerde) Frans-Belgische leer van het domaine public, waar als kenmerk van deze leer juist beschouwd wordt de bevoegdheid van de overheid om, souverain oordelend over de verenigbaarheid van enig privaatrecht met de publieke bestemming, zodanig recht voortijdig teniet te doen (.....). Het in onze handboeken vooropgestelde verschil in uitgangspunt tussen die leer en de onze is dan geworden tot een zaak van pure theorie', merkt Gerbrandy op.<sup>4</sup> De kritiek op dit Gorsselse bomen-arrest is begrijpelijk. De consequenties zijn niet gering, indien hiermede een nieuwe richting aangegeven zou zijn.

Enkele kanttekeningen lijken hierbij op zijn plaats. Het ging om een burennrechtelijke zaak. Dat vraagt op zich reeds een aparte benadering. Zoals uit het volgende hoofdstuk zal blijken kan ik met het uiteindelijk resultaat van deze uitspraak instemmen, niet met de motivering. De heersende leer welke de openbare weg als een erf in de zin van het burennrecht aanmerkt, heeft hierin naar mijn mening een belangrijke rol gespeeld. De essentie van dit arrest zit eigenlijk in een geleidelijke ommezwaai van de bestaande leer omtrent zaken met een publieke bestemming naar een geheel nieuwe leer dat de beherende overheid bepaalt of de in het privaatrecht toegekende rechten en opgelegde verplichtingen in stand gehouden kunnen worden. De opbouw daartoe ziet er als volgt uit: de bepalingen van het burennrecht blijven buiten toepassing ingeval toepassing daarvan onverenigbaar is met de bestemming ten openbare nutte of – en nu komt er een op het eerste gezicht ongevaarlijke uitbouw van die leer, maar als aanzet voor een geheel nieuw element – met de voorzieningen welke met het oog op de verwezenlijking van die

bestemming vereist zijn. Het is duidelijk, dat bestemming op zich zonder voorzieningen op moeilijkheden kan stuiten. Dat heeft de Wegenwetgever ook onderkend: artikel 14 spreekt duidelijke taal. Maar — en dit is de essentie — met de bestemming zijn ook de voorzieningen bepaald. De Hoge Raad stelt: de beheerder mag afwegen hoever hij bij de verwezenlijking van de bestemming gaat. Voor eerst is de vraag of het wel de beheerder is die verwezenlijkt. Hij heeft de zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid. De verwezenlijking van de bestemming betreft hem, die bestemt en wie een weg tot openbare weg bestemt en wat de gevolgen van die bestemming zijn, is geregeld. De beheerder — overheid of niet — zou te ver gaan als hij nog nieuwe elementen aan die bestemming zou toevoegen. De Wegenwetgever heeft ten aanzien van de openbare weg duidelijk aangegeven, dat het object — de weg — bestemd is voor het verkeer en daaruit conclusies getrokken omtrent de beperkingen in de uitoefening van bevoegdheden door de rechthebbende. De beheerder vermag daar niets meer aan toe te voegen. Van hem mag wel verwacht worden dat hij afweegt bij de tenuitvoerlegging van zijn taak. De Hoge Raad nu liet de beheerder bepalen de bestemming inhoud te geven naar eigen inzicht. De bestemming ontwikkelde zich als het ware door de beheersarbeid. Dat nu gaat te ver. Is de bestemming gegeven, dan is daarmee bepaald in hoeverre het privaatrecht wijkt. De Wegenwet heeft dit geregeld. Andere belangen — bijvoorbeeld esthetisch aanzien — mogen zeer wel gerechtvaardigd zijn, maar daarvoor is het niet nodig het privaatrecht terzijde te zetten. Zij moeten met inachtneming van de rechten en plichten gerealiseerd worden, indien althans die rechten en verplichtingen in casu van toepassing zijn. Daarover straks meer. Dat de resultaten in Frankrijk en België enerzijds en Nederland anderzijds, ook al zijn de uitgangspunten verschillend, elkaar niet veel ontwijken, behoeft op zich geen bezwaar te zijn. Het grote verschil acht ik hierin gelegen, dat in ons recht de civiele rechter uiteindelijk beoordeelt — met inachtneming van de wettelijke bepalingen, bijvoorbeeld de Wegenwet met betrekking tot de openbare weg — of en in hoeverre het privaatrecht van toepassing is voor een ten openbare dienste bestemde zaak. De beherende overheid heeft bij haar uitvoerende taak beleidsvrijheid met inachtneming van de privaatrechtelijke bepalingen.

De Hoge Raad heeft er blijk van gegeven begrip te tonen voor de beheersfunctie die de overheid over ten openbare dienste bestemde zaken heeft, ook al werd er niet gesproken van beheer of beheerder. Het arrest van de Staat tegen de gemeente Huizen<sup>5</sup> moge ik daarvoor nog eens in herinnering roepen: a. De Staat heeft dezelfde bevoegdheden als ieder ander eigenaar<sup>6</sup>; b. als beheerder is de Staat belast met de zorg over het IJsselmeer; c. de wijze waarop die zorg behartigd wordt is in beginsel aan het oordeel van de rechter onttrokken. De Hoge Raad onderscheidde naar mijn indruk in de Gorsselse bomen-casus niet tussen des eigenaars bevoegdheden en die van de beheerder. Hij had mijns inziens dan ook moeten nagaan of de eigenaar van de openbare weg zich te houden had aan de burensrechtelijke bepalingen. Het is juist in ons rechtssysteem eraan vast te blijven houden, dat de beheerder dient te blijven binnen zijn bevoegdheden tot instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van het waterstaatswerk binnen de gegeven bestemming. Anders kan met de privaatrechtelijke bevoegdheden een loopje worden genomen. De inhoud van de bestemming zou dan niet bepaald worden door de norm, te

toetsen door de rechter, maar door de beheerder naar eigen inzicht. Naar mijn gevoelen past het Gorsselse bomen-arrest op de gegeven motivering niet in het geheel van ons rechtssysteem noch in de overige uitspraken van het hoogste rechtscollege.

J.H. Beekhuis gaat in zijn noot onder het arrest Mevrouw Hinken-Berends contra de Commissaris der Koningin voor de provincie Overijssel<sup>7</sup> mee met de visie die de Advocaat-Generaal Bakhoven in zijn conclusie voorafgaande aan dit arrest geeft. Beekhuis zegt letterlijk: 'De vraag of het vestigen van het zakelijk recht verantwoord is, staat in het algemeen uitsluitend ter beoordeling van het overheidsorgaan, dat met het beheer van de zaak belast is. Voor tussenkomst van de rechter is slechts dan plaats, indien bij het afwegen van de betrokken belangen de overheid in redelijkheid niet had kunnen aannemen dat het zakelijk recht met de openbare bestemming verenigbaar was'. Hier wordt gesteld dat het niet de overheid-eigenares, maar de overheid-beheerder is aan wie ter beoordeling is wat zich met de publieke bestemming verdraagt. Het lijkt mij beter in ons recht te onderscheiden tussen het vestigen van een zakelijk recht en het gebruik maken of de werking daarvan. Gerbrandy acht het de vraag of het onderscheid tussen vestiging en werking verenigbaar is met de uitspraak van de Hoge Raad van 3 juni 1927, NJ 1927, 1141. De wetgever heeft evenwel impliciet dit onderscheid gemaakt in de Verkeerswet tegen lintbebouwing (artikel 10). Beekhuis zou toegevoegd kunnen worden of een zakelijk recht gevestigd wordt op een ten openbare dienste bestemde zaak behoort tot de competentie van de eigenaar. Of en in hoeverre daarvan gebruik kan worden gemaakt (de werking) is des beheerders. Een nadere analyse van dit arrest zal volgen in hoofdstuk IV.

Noch op grond van wettelijke bepalingen noch op grond van constante jurisprudentie kan gesteld worden dat de eigendom zonder meer aan een overheidslichaam als eigenaar van een openbare weg meer bevoegdheden geeft dan hij aan een particulier-eigenaar van zo'n weg toekent. Wel moet er rekening mede worden gehouden, dat eigendom en beheer meestal in één hand – de overheidshand – zijn en dat de rechter in dat geval het belang dat de overheid in haar andere kwaliteit dan als eigenares bij een zaak heeft mede in zijn beschouwingen betreft, waarbij hij slechts marginaal dit overheidsbeleid toetst.<sup>8</sup> De consequentie van deze stelling is, dat niet accoord kan worden gegaan met de opmerking van J.H. Beekhuis in zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad van 19 januari 1962 NJ 1962, 151 (de Staat/Huizen), hierin resulterende dat de Hoge Raad voor de overheid als eigenares het 'criterium voor abus de pouvoir' toepast waar hij voor 'een gewone eigenaar' 'aan het criterium van misbruik van eigendomsrecht' zal toetsen. Als eigenaar kan een overheidslichaam misbruik maken van zijn eigendomsrecht, als beheerder – belast met de zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van een ten openbare dienste bestemde zaak – kan de overheid zich schuldig maken aan 'abus de pouvoir'. In het eerste geval toetst de rechter anders dan in het laatste.

De derde door Gerbrandy opgeworpen vraag zal ik enigszins anders benaderen, ook al omdat ik mij in dit geschrift beperk tot de openbare weg. Vooreerst kan men zich dan afvragen of de overheid eigendom van een openbare weg nodig heeft om als wetgever te kunnen handelen. Eén geval is bekend, waarbij inderdaad eigendom voor de overheid noodzakelijk is om

een verordening vast te stellen. Dit is te vinden in artikel 277 sub b, 3 der gemeentewet. Ingevolge de leer van de Hoge Raad zal een gemeente eigenares van de openbare weg moeten zijn om precariorechten te kunnen heffen. Het heffen van deze belasting wordt dus afhankelijk gesteld van het hebben van de eigendom. Hoewel 's Hogen Raads visie voor kritiek vatbaar is en lijkt voort te komen uit een juridisch verschil van inzicht tussen de wetgever en de hoogste rechter<sup>9</sup>, blijkt hieruit wel het belang van de eigendom van een openbare weg voor een gemeente. Dat er belasting geheven kan worden vloeit overigens voort uit de terzake aan de gemeente toegekende bevoegdheid, niet uit de eigendom als zodanig. De eigendom is een voorwaarde om die belasting te heffen over een bepaald object. Vervolgens kan men de vraag stellen of de bestuurlijke overheid eigendom van een openbare weg behoeft om een gunstige beschikking te geven. Ook hier kan ik op één geval wijzen, waarbij het zijn in eigendom van de openbare weg bij een overheidslichaam als voorwaarde is gesteld voor het verlenen van een vergunning. In artikel 290 der door de Vereniging van Nederlandse Gemeenten ontworpen model-bouwverordening, welk model in verreweg de meeste gemeenten – behoudens enige wijzigingen – is vastgesteld, is onder meer bepaald dat een weg waaraan mag worden gebouwd eigendom moet zijn van en in beheer en onderhoud moet zijn bij het Rijk, de provincie, de gemeente of een waterschap. Vrijstelling van de eis inzake eigendom is mogelijk (artikel 37 lid 4 sub a 2 van het model). Ook hier wordt als beginsel gesteld eigendom in handen van een overheidslichaam ter verlening van een bouwvergunning. Afgezien van de kritiek die men op deze eis kan hebben (de toelichting is summier op dit punt), blijkt ook hier weer eigendom van een weg voor de overheid een voorwaarde te zijn. De ratio van de eis dat de weg bij een overheidslichaam in eigendom moet zijn, zou gelegen kunnen zijn in de bevoegdheden die juist aan een eigenaar van de weg toekomen.

Ten principale maakt het naar mijn mening geen verschil of de eigendom van een openbare weg in handen van een overheidslichaam is of van een particulier. Het lijkt me ook principieel onjuist in ons rechtssysteem in het civiele recht aan de overheid van het gewone recht afwijkende eigendomsbevoegdheden toe te kennen. Niet bepalend zou zijn de eigendom zelf, maar degene die eigenaar is. Vraag zou dan weer worden: wat voor eigendom die eigenaar dan zou hebben. Per saldo zouden er dan verschillende soorten eigendom zijn.<sup>10</sup>

## *Par. 6 Verjaring van eigendom van de openbare weg*

Bij de beantwoording van de vraag of iemand door verjaring de eigendom van een openbare weg kan verkrijgen moet – uitgaande van de heersende leer, dat ten openbare dienste bestemde zaken in principe aan het privaatrecht onderworpen zijn – worden aangenomen, dat ook verkrijging door verjaring van eigendom met de bestemming van openbare weg mogelijk is. De openbare weg als zodanig lijdt niet onder het feit dat de eigendom van de een op de ander overgaat.<sup>1</sup> Praktisch rijst de vraag hoe het mogelijk is te voldoen aan de door de wet gestelde vereisten voor de verkrijgende verjaring in geval van openbare wegen. Het zal in de praktijk over het algemeen genomen

moeilijk zijn zich als bezitter te gedragen van een openbare weg, terwijl dat bezit niet-dubbelzinnig, openbaar, voortdurend, onafgebroken en ongestoord moet zijn. Wanneer zal de over de feiten oordelende rechter tot de beslissing kunnen komen dat die bezitsdaden zich hebben gemanifesteerd? In het Hofvijver-arrest<sup>2</sup> behoefde de Hoge Raad niet toe te komen aan de door de gemeente 's-Gravenhage subsidiair voor het Hof opgeworpen stelling, dat zij de eigendom van de Hofvijver door verjaring had verkregen. In de casus die daar speelde beweerde de Staat nog eigenaar van de Hofvijver te zijn, terwijl beheer en onderhoud naar de gemeente waren overgegaan waartegenover de gemeente stelde ook de eigendom verworven te hebben, subsidiair door verjaring. De Hoge Raad was in dit geval van mening, dat gelet op de Franse wetgeving de eigendomsverhouding als onderdeel aangemerkt diende te worden van het geheel der rechtsbetrekkingen tussen een overheidslichaam en zijn ten publieke dienste bestemde goederen en dat tengevolge daarvan de overgang van een ten publieke dienste bestemd voorwerp van de Staat in beheer van de gemeente voor de gemeente medebracht dat zij trad in de privaatrechtelijke gevolgen, waarin de Staat tot dat voorwerp had gestaan. Was in het onderhavige geval de Hoge Raad niet tot de bovengestelde redenering gekomen, dan – zo lijkt mij – zou het subsidiair gestelde middel van verkrijging door verjaring een goede kans hebben gemaakt.

Deze hier aangehaalde uitspraak is voor mij aanleiding in te gaan op in vele gevallen ontstane situaties omtrent de overdracht – overeenkomstig de bepalingen der Wegenwet – van het beheer en onderhoud van een openbare weg van het ene openbare lichaam aan het andere. Zo zijn in mijn vorige gemeentete nog niet zo heel lang geleden diverse polderwegen in beheer en onderhoud door het waterschap ter plaatse overgedragen aan de gemeente. Beide besturen, zowel het waterschapsbestuur als het gemeentebestuur hebben zich geen rekenschap gegeven van de eigendomsverhouding terzake van die wegen en waren van mening, dat 'alles geregeld was', zodat formeel de eigendom nog steeds in handen is bij het waterschap. Kan de gemeente de eigendom van deze wegen door verjaring verkrijgen? Vast staat, dat het waterschap zich de eigendom niet voorbehouden heeft en gemeend heeft alle rechtsbetrekkingen waarin het zich ten opzichte van die wegen bevond overgedaan te hebben. Het gemeentebestuur verkeerde in dezelfde veronderstelling en verricht diengevolge niet alleen daden van beheer en onderhoud, maar ook als eigenaar. Terloops zij opgemerkt, dat daar waar een overheidslichaam bij overdracht van wegen in beheer en onderhoud aan een andere overheidsinstantie – de overdragende partij keert daarbij bedragen uit ter tegemoetkoming in de last die de nieuwe beheerder en onderhoudsplichtige op zich gaat nemen – de eigendomsoverdracht wel regelt, dit pleegt te gebeuren op grond van wat genoemd wordt koop en verkoop voor een symbolisch bedrag. Het is de vraag of hier terecht van koop gesproken wordt. Eerder is verdedigbaar dat het een contractus sui generis is. Aan het privaatrecht wordt te weinig aandacht besteed en het wordt als een noodzakelijke formaliteit afgedaan. De juistheid van deze opvatting lijkt me overigens, zoals blijkt uit het eerder in dit geschrift gestelde, voor bestrijding vatbaar.

Ter beantwoording van de vraag of de gemeente door verjaring de eigendom van de polderwegen kan verkrijgen dient primair nagegaan te worden of zij bezit van deze wegen te goeder trouw verkregen heeft. Op 16 december



1927, NJ 1928, blz. 635 overwoog de Hoge Raad naar aanleiding van de positie van Philipoom die van 'Gemeenschappelijk Eigendom' grond gekocht had en daarop gebouwd had voordat hem de grond geleverd was:

'dat immers Philipoom, met zijn eigen bouwstoffen huizen bouwend op den hem verkochten maar nog niet geleverden en dus aan "Gemeenschappelijk Eigendom" nog toebehoorende grond, dit deed als bezitter te goeder trouw ....'.

In 1949 deed zich in een onteigeningsprocedure de vraag voor of Klein Hesselink, die sinds 1944 een perceel met bedrijfsgebouwen van zijn schoonvader Van Kampen had overgenomen zonder dat eigendomsoverdracht van het onteigende perceel had plaats gevonden recht op schadevergoeding had. De Hoge Raad overwoog bij zijn arrest van 19 oktober 1949<sup>3</sup> onder meer:

'dat de Rechtbank heeft vastgesteld, dat van Kampen eigenaar is van het te onteigenen perceel, terwijl Klein Hesselink in verband met een met van Kampen aangegane koopovereenkomst een zakelijk recht van bezit op dat perceel heeft en daarop zijn bedrijf uitoefent;

dat blijkens de artikelen 57 en 59 der Onteigeningswet het recht van bezit tengevolge van de onteigening voor den bezitter verloren gaat;

dat dan ook aannemelijk is, dat een bezitter, die niet eigenaar is van het te onteigenen goed, te rangschikken is onder hen, die als hebbende zakelijke rechten op dat goed, ingevolge artikel 3 der Onteigeningswet bevoegd zijn aan den rechter te verzoeken in het geding van onteigening te mogen tussenkomen en dat zodanig bezitter, indien hij tengevolge van de onteigening door verlies van het bezit van het in zijn bedrijf aangewend goed schade lijdt in zijn bedrijf, aanspraak kan doen gelden op vergoeding dier schade door de onteigenende partij'.

Procureur-Generaal Berger had in zijn conclusie voor dit arrest opgemerkt, dat zijns inziens in casu van bezit te goeder trouw sprake was.<sup>4</sup>

In de doctrine hebben vele schrijvers zich de vraag gesteld of bezit van onroerend goed kan overgaan zonder overschrijving van de akte in de openbare registers. J.C. van Oven komt in 1928 tot de volgende conclusie: 'voor den titel van artikel 2000 is geen ingeschreven akte vereischt, voor dien van 1995 wel ....'<sup>5</sup>. In WPNR nrs. 3095 en 3096 geeft J. Eggens een gedegen uiteenzetting omtrent de stelling van zijn artikel 'Het recht van bezit kan niet als zodanig overgedragen worden'. Op bladzijde 242 behandelt hij het reeds door Meijers — in WPNR 2358 en 2361 onder het caput 'rechtsgeleerde vraagstukken' — aangesneden vraagstuk, dat een eigenaar een erf tweemaal verkoopt: eerst aan A, daarna aan B. De akte waarbij aan A verkocht is wordt het eerst ingeschreven, B wordt echter door de verkoper feitelijk in het bezit van het goed gesteld. Eggens houdt A voor de gerechtigde en betoogt verder: 'B. heeft de zaak dan immers verkregen van den houder-niet-bezitter; hij werd dus zelf — hoogstens — bezitter (als men niet de annale leer aanvaardt) zonder op artikel 1995 BW een beroep te mogen doen ....'. Pitlo<sup>6</sup> stelt uitdrukkelijk bij de bespreking van bezit door traditie, dat de koper van een onroerend goed geen bezitter wordt als hij in overleg met de verkoper vóór de eigendomsoverdracht het goed in gebruik neemt: de koper houdt het goed 'als bruiklenner voor de verkoper onder zich'. Beekhuis<sup>7</sup> bestrijdt dit: 'O.i. mag men echter aannemen, dat wanneer de bedoeling van partijen is de gehele macht over het goed aan de koper over te dragen, deze bezitter wordt.' Uit artikel 3.5.13 lid 2 O.Nieuw BW blijkt, dat het mogelijk is het

bezit onder bijzondere titel te verkrijgen van een registergoed zonder dat inschrijving in de registers heeft plaats gevonden. Dit lid kwam niet voor in het OBW, maar uit de toelichting ad artikel 3.5.13 en meer nog ad artikel 3.5.4 van dit ontwerp blijkt, dat bezit van registergoederen zonder dat deze in de registers ingeschreven zijn, mogelijk werd geacht.

Het bovenstaande, ontleend aan rechtspraak van de Hoge Raad, uitspraken van verschillende schrijvers, de in het Ontwerp BW en het O.Nieuw BW neergelegde visie, afwegende, meen ik te kunnen stellen, dat in de door mij beschreven situatie de gemeente aangemerkt dient te worden als bezitter. Hierbij zij het volgende opgemerkt. In de handboeken wordt terzake van bezitsverkrijging onderscheiden tussen traditie en occupatie. Eggens geeft in zijn artikel – reeds vanaf de titel – daarvan duidelijk blijk. Tegelijk erkent hij in het door hem aangehaalde voorbeeld, dat naast eigendom-bezit ook louter bezit mogelijk is van onroerend goed, waar hij B bezitter noemt zonder dat deze op artikel 1995 BW een beroep kan doen. Pitlo slaat naar mijn mening door, waar hij concluderende dat de koper geen bezitter op grond van bezitsverkrijging door traditie is, deze voor bruiklener aanmerkt. Zou er geen bezit kunnen zijn op grond van occupatie? Voor zover het bezitsverkrijging door traditie betreft, kan de gemeente niet als bezitter aangemerkt worden, daar haar niet de eigendom en daarmee het bezit van de wegen geleverd is. Vanuit die invalshoek dus geen bezit. Maar waarom geen bezit door occupatie? De Hoge Raad nam ook bezit aan; hij gaf niet aan hoe dit verkregen werd. Als er occupatie is, dan kan voor de berekening van de tijdsduur de bezitstijd voor de voorganger niet meegeteld worden. Er is dan immers geen voorganger. Occupatie is originair. In artikel 1995 BW staat mijns inziens ook voldoende duidelijk dat dit artikel alleen opgaat voor door traditie verkregen bezit: ‘van wien men de zaak verkregen heeft’.<sup>8</sup> Deze visie sluit aan bij die van Van Oven en Eggens en doet recht wedervaren aan het maatschappelijk gegeven, dat de gemeente zich als eigenaar gedragende reeds jaren lang daden van heerschappij verricht over die polderwegen.

Is de gemeente te goeder trouw? Ook deze vraag beantwoord ik positief. De gemeente meende alle rechten verworven te hebben zoals het waterschap dacht deze te hebben afgestaan. De occupatie door de gemeente vond vanuit die opvatting plaats, uiteraard met medeweten en instemming – zo daar al van gesproken moet worden – van het waterschap. Was de juiste vorm in acht genomen, dan was de gemeente bezitter te goeder trouw geworden tegelijk bij de eigendomsverkrijging. Moet ze nu als te kwader trouw aangemerkt worden, omdat niet op alle onderdelen de juiste vorm in acht genomen is? Bij het ‘overnemen’ van de wegen dachten gemeente- en waterschapsbestuur louter waterstaatsrechtelijk. De zorg voor die wegen en de daarmee gepaard gaande kosten hielden begrijpelijkerwijze de gedachten meer bezig dan de eigendomsoverdracht. Onderhoud van openbare wegen schept bovendien een vermoeden van eigendom van die wegen (artikel 13 Wegenwet). Onder die omstandigheden lijkt mij het niet-naleven van het bepaalde in de artikelen 671 en 671a BW verschoonbaar. Nog een aspect verdient aandacht. Heeft de gemeente een wettige titel als bedoeld in artikel 2000 BW, zodat zij na twintig jaren de eigendom verworven heeft? De titel waarop de gemeente verkregen heeft, te weten de overname van beheer en onderhoud, schept privaatrechtelijk een rechtsvermoeden, niet meer. Dit in aanmerking geno-

men en uitgaande van de ontwikkelde gedachtengang dat de gemeente het bezit door occupatie heeft verkregen, lijkt mij juist de gemeente geen wettige titel – in de zin van een door de wet erkende wijze van eigendomsverkrijging – toe te kennen. Bezit gedurende dertig jaar komt mij noodzakelijk voor ter verkrijging van de eigendom van de openbare polderwegen.<sup>9</sup> De verjaringstermijn verloopt tot nu toe voortdurend, onafgebroken en ongestoord.

Wat het komende recht betreft nog een enkele opmerking. Zoals reeds gesteld, wordt ook in het O.Nieuw BW de mogelijkheid van bezit erkend van een registergoed zonder dat inschrijving heeft plaats gevonden (3.5.13 lid 2). In artikel 3.5.12 lid 1 wordt iemand bezitter te goeder trouw aangemerkt wanneer hij zich als rechthebbende beschouwt en ook redelijkerwijze als zodanig mocht beschouwen. Hij die omtrent de feiten of het recht dwaalt, maar die de feiten of het recht behoorde te kennen wordt in dit verband gelijk gesteld met hem die de feiten of het recht kende (artikel 3.1.1.12). In het OBW kende artikel 3.5.13 geen lid 2, maar werd in het vervallen lid 2 van artikel 3.4.3.1 bepaald, dat zonder inschrijving van een aan dat bezit beantwoordende titel van rechtsverkrijging geen goede trouw bestond ten aanzien van het bezit van registergoederen. De Memorie van Antwoord vermeldt ten aanzien van de toevoeging van een lid 2 aan artikel 3.5.13 O.Nieuw BW onder meer<sup>10</sup>: 'Handhaving van het aan het bezit ontleende vermoeden van recht ook voor dat geval (bedoeld is dat de bezitter zich tegenover hem die eens rechthebbende was niet kan beroepen op verkrijging onder bijzondere titel van een registergoed waarvoor inschrijving in de registers vereist is) zou niet in overeenstemming zijn met de rechtszekerheid die met het registerstelsel wordt beoogd. Daarom is het juist voorgekomen dat tegenover een zodanige wederpartij de bezitter de bewijslast van bijvoorbeeld zijn verkrijging door verjaring draagt.' Ten aanzien van onroerende zaken die openbaar zijn is in artikel 5.3.8 O.BW een zelfde bepaling opgenomen als artikel 13 Wegenwet geeft: vermoeden van eigendom ten gunste van het openbaar lichaam dat onderhoudt, welk vermoeden niet werkt tegen hem van wie het onderhoud doch niet de eigendom is overgenomen.<sup>11</sup> Werkt dit vermoeden wel tegen hem die eens rechthebbende was zonder dat de akte van transport betreffende de openbare onroerende zaak in de registers is ingeschreven? Naar mijn mening niet. Artikel 5.3.8 lid 2 staat naast artikel 3.5.13 lid 2. Ten aanzien van verkrijging door verjaring verschillen volgens mij de resultaten voor de openbare weg uiteindelijk niet, aangezien – afgezien van de termijn – in de door mij verdedigde leer naar huidig recht de gemeente eigenaar wordt (artikel 2000 BW) en in het nieuwe recht eveneens, zij het op andere gronden. In het O.Nieuw BW kan immers iemand eigendom van een goed door verjaring verkrijgen, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw (artikel 3.4.3.8 lid 1).

In 1973 had het Hof te 's-Gravenhage zijn oordeel te geven over de vraag of een particulier door middel van verjaring eigendom van een openbare weg kon verkrijgen.<sup>12</sup> Het waterschap 'De Brielse Dijkkring' had er zich op beroepen, dat aard en karakter van een openbare weg zich verzetten tegen de mogelijkheid van verkrijging van eigendom door verjaring, zolang de weg feitelijk nog voor een ieder toegankelijk is en als openbare weg wordt beschouwd, onderhouden door een publiekrechtelijk lichaam. Het Hof besliste op grond van de feiten anders:

‘Van der Linde heeft dan ook sinds het overlijden van zijn vader de litigieuze grond op een normale en tevens voor anderen, met inbegrip van de Polder, duidelijke wijze als rechthebbende – zij het onder de last van openbare weg – geëxploiteerd en is dusdoende door verjaring eigenaar van de litigieuze grond geworden’.

Hiermede heeft het Hof een uitspraak gedaan, welke afwijkt van de door Vegting aangetoonde aan het Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende leer, dat zaken bestemd voor een gebruik door het publiek niet ten behoeve van private personen kunnen verjaren.<sup>13</sup> Naar de huidige stand van zaken lijkt mij juist de visie van het Hof te volgen. Artikel 593 BW vindt momenteel aanhang noch toepassing, evenmin als het bepaalde in artikel 1990 BW. Zou men verjaring voor particulieren van ten publieke gebruike bestemde zaken wensen uit te sluiten, dan zou dit via een historische interpretatie van artikel 1990 BW dienen te geschieden. Die tijd is voorbij. Het O. Nieuw BW kent dan ook geen zaken buiten de handel.

# de openbare weg in het burenenrecht

## *Par. 1 Inleiding*

Het verkrijgen van inzicht in de situatie betreffende de openbare weg in het burenenrecht is niet eenvoudig. Waar in rechtspraak en doctrine vragen aan de orde kwamen over deze materie werd over het algemeen een oplossing gegeven meer door tijd, omstandigheden, bruikbaarheid en intuïtie bepaald dan steunende op een duidelijk opgebouwd systeem. Het is dan ook niet verwonderlijk, dat in de loop der tijden verschillend geoordeeld is over zich aandienende vragen, terwijl uit de gegeven antwoorden evenmin een systematisch beeld valt te construeren. Bovendien zijn bij een nadere beschouwing van die onderdelen waarover zich een meer vaststaande leer heeft ontwikkeld zoveel vraagtekens te plaatsen, dat twijfels rijzen aangaande de houdbaarheid van de gevonden oplossingen danwel aangaande de grondslag waarop deze steunen.

Het lijkt mij daarom juist eerst enige aandacht te vragen voor de afzonderlijke aspecten welke met betrekking tot deze materie van belang zijn om daarna een indicatie te geven welke voor het ontwikkelen van een meer systematische opzet wellicht dienstig kan zijn. Daartoe zal in afzonderlijke paragrafen aan de orde komen de reikwijdte van het begrip erf in relatie tot de openbare weg, de toepasbaarheid van de afzonderlijke burenenrechtelijke bepalingen op de openbare weg, enkele op historische gronden gebaseerde kanttekeningen en enige aan de praktijk ontleende voorbeelden. Dit hoofdstuk zal afgesloten worden met een van de algemeen aanvaarde leer afwijken-de standpuntbepaling.

## *Par. 2 Het begrip erf*

Algemeen wordt momenteel in rechtspraak en literatuur aangenomen, dat een openbare weg aangemerkt dient te worden als een erf in de zin van het burenenrecht. Het is de vraag, of men zich hierbij steeds een juiste voorstelling heeft gemaakt van beide begrippen. Vooreerst valt erop te wijzen, dat bij deze vraagstelling niet primair het accent komt te liggen op het openbaar zijn van de weg, maar op het feit, dat er een weg is. Kan men nu stellen, dat iedere weg als een erf in het burenenrecht wordt beschouwd? Een weg is, dat werd reeds in hoofdstuk I gesteld<sup>1</sup>, een verkeersbaan te land. Onder een erf wordt iedere lichamelijke onroerende zaak verstaan.<sup>2</sup> Bij dit laatste heb ik de neiging vraagtekens te plaatsen; de omschrijving komt mij in dit verband te ruim voor. Een 'rivier als zodanig, dat wil zeggen de ruimte die door deze wordt ingenomen', stelt Beekhuis<sup>3</sup>, zou men als zaak kunnen beschouwen. Deze is onroerend en lichamenlijk, dus — zo zou de conclusie moeten zijn —

een erf in de zin van het burennrecht. Dat waag ik te betwifelen. Overigens gaat het O.Nieuw BW wel zover.<sup>4</sup> Is een boom een zaak in juridifche zin? Is hij in de grond geplant een onroerende lichamelijke zaak? Zo ja – van een zelfstandige of onzelfstandige onroerende zaak wordt niet gefproken – dan is een boom in het burennrecht een erf. Is een landgoed, omvattende gebouwen, landerijen, wegen, watergangen, vijvers, bossen enz. een lichamelijke onroerende zaak, dan ook een erf in burennrechtelijke zin. Als de Flevopolder een lichamelijke onroerende zaak is, is hij dan ook een erf in burennrechtelijke zin? En Texel bijvoorbeeld, of de Oosterscheldebrug? Als wegen deel uitmaken van een groter geheel, te wijzen valt op wegen door bossen en landerijen, door recreatie-oorden en wildparken, zijn deze dan – afgezien van de vraag of zij openbaar zijn of niet – erven in burennrechtelijke zin?

Heeft de wetgever zich bij het gebruik van het begrip erf in de vierde titel van het huidige derde boek van het BW laten leiden door een begrip in een typifch juridifche zin of door het bestaande spraakgebruik? Als er een eigen, typifch juridifche betekenis aan toegekend zou moeten worden, waaruit blijkt dit dan? Bij de totstandkoming van het BW kwam het niet aan de orde. Zou het spraakgebruik uitkomst kunnen bieden? Heeft de wetgever zich bij het gebruik van het woord erf in het burennrecht laten leiden door de betekenis die daaraan in het algemeen werd toegekend? Als dit het geval is – zo onwaarschijnlijk is dat niet – dan dient de taalkundige zin van het begrip erf als uitgangspunt genomen te worden.

Een in 1845 verschenen woordenboek<sup>5</sup> weet te vermelden, dat erf betekent 'eigen grond met zijn toebehooren' en 'eene ledige plaats, waar te voren een gebouw stond'. Het Middelnederlandsch Woordenboek van Verwijs en Verdam uit 1889<sup>6</sup> verwijst naar erve en kent daaraan de volgende betekenissen toe:

1 het door de ouders nagelaten erfgoed, nalatenschap, erfdeel, 2 bepaaldelijk in de zin van 'vaste goederen', gelijk wij fpreken van 'huis en erf' een stuk grond (vooral met een huis, dat daarop is gebouwd), eigendom aan grond in tegenstelling tot leen zowel als have d.i. roerende goederen, 3. erf, grondgebied. Vgl. ieder is baas op eigen erf

Knuttel<sup>7</sup> kent aan het begrip erf de volgende betekenissen toe:

'1 wat iemand erft, erfenis, erfdeel (thans niet meer gebruikt), 2 bezit aan vaste goederen of grondbezit, al dan niet door erfenis verkregen (in deze zin in Noord-Nederland verouderd), 3 in toepassing op een ftreek of een land, in zijn verhouding tot de bevolking die het reeds gedurende een aantal geflachten bewoont, 4. als algemeen woord voor land of ftreek, 5. omheinde grond die bij een huis of bij een ander gebouw behoort. Vooral in toepassing op den grond om eene boerenwoning. In dichterlijken ftijl in toepassing op het huis met den daarbij behorenden grond, 6. stuk open grond binnen eene stad of tuffen huizen gelegen. Vooral in toepassing op grond tot bebouwing bestemd. (In dit gebruik thans ongewoon).'

De betekenissen welke in de rechtspraak aan het woord 'erf' zijn toegekend brengt J.M. Polak ter sprake in zijn rede 'De Eenheid van het Recht'.<sup>8</sup> Daaruit blijkt overduidelijk, dat meer dan één betekenis, soms zelfs tot elkaar in tegenstelling staande betekenissen, aan het woord 'erf' wordt toegekend. Polak concludeert naar aanleiding hiervan: 'Nu wil ik geenszins beweren dat de resultaten van een of meer van deze arresten onbevredigend zijn. Integendeel, die resultaten lijken mij juist. Ik wil ook zeker niet beweren dat

geschillen als waarvan hier sprake is, kunnen en mogen worden afgedaan met een enkel-taalkundige redenering wat onder erf is te verstaan. Terecht zegt het onteigeningsarrest (bedoeld is het arrest van 23 maart 1938, NJ 1939, 76) dat in de wetgeving, evenals trouwens in het algemeen spraakgebruik, het woord "erven" in verschillende betekenissen wordt gebruikt, zodat een nader onderzoek naar de speciale betekenis van "erf" in art. 38 lid 2 van de Onteigeningswet noodzakelijk is; dit onderzoek wordt dan overtuigend met behulp van de geschiedenis van het artikel verricht'.<sup>9</sup>

### *Par. 3 Burenrechtelijke bepalingen in relatie tot de openbare weg*

Om het zicht op de betekenis van het begrip erf in de titel van het burennrecht wat te verduidelijken, is het gewenst de van belang zijnde bepalingen de revue te laten passeren. Hierbij komt dan met name de vraag naar voren of i.c. de openbare weg onder 'erf' valt.

Artikel 673 BW geeft een regeling betreffende het aflopen van water van het hoger gelegen op het lager gelegen erf. Op zichzelf beschouwd zou hier onder erf ook een openbare weg begrepen kunnen worden. Men mag overigens niet zonder meer de conclusie trekken dat in dit artikel met erf ook openbare weg is bedoeld. Immers juist met betrekking tot het laten aflopen van water op de openbare weg blijkt uit het geheel der wettelijke regels, dat die weg een bijzondere plaats inneemt, afwijkende van hetgeen algemeen ten aanzien van erven bepaald is. Een verwijzing naar artikel 686 BW toont dit reeds duidelijk aan: 'Ieder mede-eigenaar van eenen gemeenen scheidsmuur mag op het gedeelte hetwelk hem toebehoort eene goot leggen en het water doen uitloopen, hetzij op zijn erf, hetzij op den openbaren weg, indien zulks niet bij de wetten of verordeningen verboden is.'

Artikel 700 BW geeft een soortgelijke regeling betreffende de dakconstructie van woningen. Ook artikel 427 van het Wetboek van Strafrecht geeft te kennen onder ten 4<sup>o</sup> dat het uitgieten uit een gebouw op de openbare weg op zichzelf niet verboden is.

Artikel 679 BW stelt dat iedere eigenaar zijn erf mag afsluiten behoudens de uitzondering van artikel 715. Dit laatste artikel geeft — zo blijkt uit de tekst — alleen een regeling van de eigenaar van een erf, hetwelk geen openbare weg is, zodat in dit artikel 'erf' niet de openbare weg kan omvatten. Zou erf in artikel 679 BW ook de openbare weg omvatten, dan zou dit ten gevolge hebben, dat iedere eigenaar zijn openbare weg zou mogen afsluiten. Nooit is deze conclusie getrokken — ook niet vóór het ontstaan van de Wegenwet —, men is er 'van nature' toe geneigd het woord 'erf' in artikel 679 aan te merken als een begrip, dat niet de openbare weg omvat.

Ofschoon in artikel 690 BW het woord erf in het geheel niet genoemd wordt, maar gesproken wordt van 'huizen, opene plaatsen en tuinen', weet Beekhuis te melden, dat aangenomen mag worden dat artikel 690 niet van toepassing is, indien een van de *erven* een openbare weg of een openbaar vaarwater is.<sup>10</sup> Mocht Beekhuis van de veronderstelling uitgaan, dat de woorden 'huizen, opene plaatsen en tuinen' gebruikt zijn in de plaats van erven, dan zou daaruit op zichzelf al blijken, dat de wetgever met het begrip 'erf' niet gedoeld heeft op openbare wegen. Het is immers niet aannemelijk dat

met een opene plaats een openbare weg bedoeld kan zijn. Op eenzelfde omschrijving kan gewezen worden in artikel 698.

Algemeen is men het erover eens, dat het bepaalde in de artikelen 693 en volgende betreffende vensters en openingen in eigen muur en uitzichten op het erf van een buurman niet opgaat voor openbare wegen. Het in die artikelen gebruikte begrip erf omvat dus niet de openbare weg.<sup>11</sup>

Het woord 'erf' komt in artikel 699 niet voor. De wet spreekt van de *grond* van de nabuur. Vegting meent dat dit artikel wel tot bijzondere toepassing aanleiding kan geven, indien de openbare weg als lijdend erf moet optreden in verband met de hinder daardoor toe te brengen aan het gebruik van de weg door het publiek.<sup>12</sup> Beekhuis wijst erop, dat van sommige bevoegdheden in het burendrecht kan worden aangenomen, dat er aanspraak op gemaakt kan worden door of tegen iedere gebruiker van een erf. Zijns inziens geldt dit onder meer voor artikel 699.<sup>13</sup> Mocht onder grond in dit artikel ook de openbare weg begrepen moeten worden, dan zou niet uit de functie die de openbare weg i.c. zou vervullen, maar uit artikel 699 de eigenaar verplicht zijn te dulden, dat omwille van de reparatie van een gebouw een steigerwerk geplaatst wordt op de openbare weg of bouwstoffen over die weg aangevoerd worden. Iedere gebruiker van de openbare weg zou in Beekhuis' visie dan op grond van artikel 699 BW zo nodig kunnen optreden tegen die bijzondere gebruiker. Zou de wetgever onder 'grond' in artikel 699 BW ook de openbare weg gedacht hebben, dan zou hij evenals in artikel 686 een voorbehoud hebben gemaakt 'indien zulks niet bij de wetten of verordeningen verboden is'. Het is immers niet onwaarschijnlijk dat een 'steigerwerk' wel eens een sta in de weg op de openbare weg zou kunnen zijn, terwijl voor het aanvoeren van bouwstoffen de openbare weg terecht gebruikt wordt ook zonder het bepaalde in artikel 699. Het is dan ook niet aannemelijk dat onder 'grond van de nabuur' in artikel 699 BW 'de openbare weg' valt.

Tot veel verschil van mening hebben de artikelen 713 en 714 BW aanleiding gegeven.<sup>14</sup> Indien onder erf ook de openbare weg valt dan zijn deze bepalingen in beginsel van toepassing op openbare wegen. Bij de bespreking van de voorgaande voor deze materie van belang zijnde burendrechtelijke bepalingen is gebleken, dat het begrip erf de openbare weg niet kan omvatten (artikelen 679 en 693 t/m 696) terwijl uit het bepaalde in artikel 673 BW gelet op de totaliteit van de bepalingen betreffende het uit- en afstromen van water waarin de openbare weg een bijzondere plaats inneemt, niet valt op te maken dat hieronder openbare wegen vallen. De eerste vraag die zich bij de bespreking van de artikelen 713 en 714 BW dan ook aandient is deze, waarom de wetgever niet duidelijk tot uitdrukking heeft gebracht, dat hier het woord erf wel de openbare weg dient te omvatten. Ondanks de algemene leer van het tegendeel meen ik te moeten twifelen aan de juistheid van de opvatting dat onder erven in de artikelen 713 en 714 ook openbare wegen verstaan dienen te worden. Dat twijfel hier op zijn plaats is, blijkt reeds uit de stelling van Beekhuis, dat zijns inziens artikel 713 niet geldt, wanneer het aanliggende erf een openbare weg is.<sup>15</sup> Er wordt geen enkel argument aangevoerd, op grond waarvan deze mening verdedigbaar is. Waarom geldt artikel 713 dan wel voor het ene, maar niet voor het andere erf? Brengt de openbare weg dan toch een aparte situatie teweeg? Is de openbare weg wel een erf in de zin van dit artikel? En als de openbare weg een erf zou zijn, waarom zou de eigenaar



van dat erf zich dan wel aan de artikelen 713 en 714 moeten houden, terwijl de eigenaar van het aangrenzende erf zich hiervan niets behoeft aan te trekken?

Het geheel van de relevante bepalingen, waarin het begrip erf in het burennrecht gehanteerd wordt, overziende gaat men twifelen aan de stelling, dat ook de openbare weg als een burennrechtelijk erf dient te worden beschouwd.

#### *Par. 4 De openbare weg in de loop der tijden een burennrechtelijk erf?*

Enkele kanttekeningen omtrent de positie van de openbare weg in het burennrecht vanuit de historische ontwikkeling gezien zijn hier op hun plaats. Onwillekeurig dringt zich immers de vraag op of er geen aanknopingspunten te vinden zijn in de aan ons Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende rechtstelsels betreffende de openbare weg in het burennrecht. Een systematisch afgeronde studie wordt hier niet gegeven; dat zou – indien al mogelijk – te ver voeren. Wel wordt getracht aan de hand van enige regels, bepalingen of uitspraken een indicatie te geven ter beantwoording van de gestelde vraag.

In het Romeinse recht worden verschillende regels van burennrechtelijke aard aangetroffen. Vele bepalingen tussen eigenaars van naburige erven in ons recht treft men aan in het Romeinse recht, waar ze voor het merendeel reeds uit een zeer vroege periode stammen.<sup>16</sup> Onder deze bepalingen treft men er ook enkele aan die een regeling geven met betrekking tot de openbare weg.

Bij de bespreking van de 'actio finium regundorum' wordt in D 10, 1, 4, 11 het volgende gesteld: 'Si via publica intervenit, confinium non intelligitur, et ideo finium regundorum non potest', waaruit duidelijk blijkt dat geen begrenzing werd aangenomen, indien een openbare weg tussen twee erven door liep, en daarom kon niet geageerd worden met de 'actio finium regundorum'. In D 10, 1, 5 wordt dit nader verklaard: 'quia magis in confinio meo via publica vel flumen sit, quam ager vicini', terwijl in D 10, 1, 6 de tegenstelling wordt aangegeven wanneer het een privé beek betreft: 'sed si rivus privatus intervenit, finium regundorum agi potest'. Er valt op te wijzen dat in D 10, 1, 5 van 'ager' gesproken wordt. Dit woord komt in de burennrechtelijke regels regelmatig voor. Bijvoorbeeld in D 43, 28:

'ait praetor: Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere, auferre liceat, vim fieri veto.'

'Glandis nomine omnes fructus continentur'.

Behalve waar het betreft het vallen van vruchten op nabuurs akker, komen we het woord 'ager' ook tegen bij het overhangen van takken. Van D 43, 27, 1, 7 luidt de tekst:

'Deinde ait praetor: Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendit, si per te stat, quo minus eam adimas, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerneas, tunc quo minus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto.'

Herhaalde malen is in deze titel ook sprake van 'aedes', tempel, huis.

Bij de bespreking van de 'actio aquae pluviae arcendae' komt eveneens het woord 'ager' voor in D 39, 3, 1, 1:

Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen iam facto, hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur: totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est, id est cum quis manu fecerit, quo aliter fluere, quam natura soleret, si fortio immittendo eam aut maiorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem aut si comprimendo renundare effecit, quod si natura aqua noceret, ea actione non continetur'.

Ook in het vervolg van deze titel komt het woord 'ager' bij herhaling voor.

Het woord 'ager' kan vele betekenissen hebben, in uitgebreide zin wordt er onder verstaan het territoir, het domein, de grond behorende tot een gemeenschap. Tegenover elkaar treft men aan 'ager Romanus' en 'ager peregrinus'; de Romeinse bezittingen in land werden onderverdeeld in 'ager publicus' publiek domein en 'ager privatus' privé domein. In engere zin wordt met 'ager' aangeduid akker, productieland, bewerkelijk gebied, soms zelfs huis, villa op het platteland. Deze betekenis kon zich dan weer uitstrekken tot 'de velden, het open land'. In dichtertelijke zin werd het woord 'ager' wel gesteld tegenover de bergen en dan in de betekenis van 'vlakke, vlakke land' en tenslotte kan het ook op een lengte duiden, zulks in tegenstelling tot breedte 'mille pedes in fronte, trecentos cippus in agrum. Hic dabat' Horatius, *Satirae* 1, 8, 12. Uit niets blijkt, dat 'ager' op een openbare weg duidt; die betekenis wordt er niet aan toegekend. Waar dus in de burennrechtelijke regels van 'ager' gesproken wordt, is de openbare weg niet in beeld.

Heel duidelijke taal wordt over de toepassing van de 'actio aquae pluviae arcendae' gesproken in D 39, 3, 1, 17:

*'Item sciendum est hanc actionem non alias locum habere, quam si aqua pluvia agro noceat: ceterum si aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista, agi autem ita poterit ius non esse stillicidia flumina immittere'.*

In dezelfde titel komt ook ter sprake het maken van werken tot afvoer van water, dat op gezag van de overheid plaatsvindt. De actio aquae pluviae arcendae kan dan niet te hulp geroepen worden:

D 39, 3, 2, 3: *'Cassius autem scribit, si qua opera aquae mittendae causa publica auctoritate facta sint, in aquae pluviae arcendae actionem non venire in eademque causa esse ea, quorum memoriam vetustas excedit'.*

Brengt iemand een werk tot stand op publiek domein, dan gaat deze 'actio' niet op, zo wordt nogmaals tot uitdrukking gebracht in D 39, 3, 3, 3: *'quare si quis in publico opus faciat, haec actio cessat, sibi que imputare debet is, qui damni infecti cautione sibi non prospexit'.* Zoals te kennen wordt gegeven in D 39, 3, 18, 1: *'Sine permissu principis aqua per viam publicam duci non potest'.* kan ten aanzien van de openbare weg niet gehandeld worden zonder inmenging van de overheid. De 'actio aquae pluviae arcendae' kan wel uitkomst bieden wanneer het een recht van weg over iemands land betreft, getuige D 39, 3, 25: *'Is, cuius fundo via debetur, aquae pluviae arcendae agere potest fundi sui nomine, quoniam deteriore via facta fundo nocetur'.*

Aan de openbare eigendom wordt in het Romeinse burennrecht regelmatig aandacht besteed. Daaruit blijkt dat een verfijning wordt gegeven op de algemene burennrechtelijke regels. Zo kan als regel de aanzegging tot het staken van nieuwbouw – *operis novi nuntiatio* – alleen tot de nabuur gericht

worden door de rechtstreeks betrokkenen (eigenaar, erfpachter), maar betreft het nieuwbouw op publiek domein, dan kunnen alle burgers in het geweer komen: 'Si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nuntiare possunt', zegt D 39, 1, 3, 4 (Ulp.), waarvan Paulus als motivering geeft: 'nam rei publicae interest quam plurimos ad defendam suam causam admittere' (D 39, 1, 4). Bij de bespreking van de 'cautio damni infecti' krijgen de openbare wateren en wegen apart aandacht.

'Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum. In his igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat. Propter quod operis dumtaxat nomine cum satisfactione cavetur, de vitio loci nihil cavetur, hoc est operis, quod quis facit' (D 39, 2, 24, pr.).

Even verder wordt in dezelfde inleiding gesteld, dat deze stipulatio alleen betrekking heeft op wat van privé-wege geschiedt. Wordt een werk van overheidswege uitgevoerd, dan zal een beroep gedaan moeten worden op de keizer (princeps) of, in de provincie, op de 'praeses provinciae'.

De balans van het voorgaande levert het volgende beeld op. De 'actio finium regundorum' gaat niet op voor openbare wegen. Bij de behandeling van de problematiek betreffende overhangende takken en het vallen van vruchten op andermans terrein, wordt regelmatig het woord 'ager' gebruikt, waaraan de betekenis 'openbare weg' niet toegekend kan worden. De 'actio aquae pluviae arcendae' kan niet in geding gebracht worden als afvoerwerken van overheidswege of op publieke grond aangebracht worden; wil iemand water laten uitstromen over de openbare weg, dan hoeft hij daartoe toestemming van het publiek gezag. Op openbare grond een gebouw oprichten, kan voor iedere burger aanleiding zijn om een beroep te doen op de 'operis novi nuntiatio'. Bouwen en slopen aan openbare wateren en wegen is eenieder toegestaan, mits dat gebeurt zonder dat nadeel aan een ander – wie dan ook – wordt toegebracht; de stipulatio tot zekerheidsstelling voor mogelijk aan te brengen schade gaat evenwel alleen op, wanneer particulieren dat gebouw aan de openbare weg of het openbaar water oprichten.

Een geheel afzonderlijke titel is in de Digesten gewijd aan het feit, dat er niets mag gebeuren aan een openbare plaats of weg. Het betreft Boek XLIII, titel 8. De aan deze titel voorafgaande 'de locis en itineribus publicis' is zeer kort en bevat geen belangwekkende tekst voor het hier aan de orde zijnde onderwerp. In titel 8 komen zeer vele voor de openbare weg als zodanig belangwekkende uitspraken voor. Ook op burennrechtelijk gebied zijn hierin enkele interessante gegevens met betrekking tot de openbare weg te vinden. Deze met name vragen in dit verband de aandacht. Aan de boven geponeerde stelling, dat het woord 'ager' niet de openbare weg omvat, wordt steun gegeven door de wijze waarop Labeo het begrip 'openbare plaats' definieert, hetwelk naar zijn omschrijving 'pertineat ad areas insulas agros et ad vias publicas itineraque publica' (D 43, 8, 2, 3), ager wordt immers gebruikt naast via. In D 43, 8, 2, 28 wordt duidelijk gedemonstreerd de bijzondere plaats welke de openbare weg inneemt. Vrij vertaald staat er het volgende: Indien een stuk grond aan een openbare weg grenst en vandaar water op die weg stroomt en deze slechter maakt, dan zal het interdict tegen je buurman ingesteld worden, wanneer dat water vanaf buurmans grond naar jouw land stroomt en jij verplicht bent dat water te ontvangen; ben je daartoe niet

verplicht, maar gebruik je dat water wel, dan wordt het interdict tegen jou ingesteld. Het lijkt namelijk juist hem als 'dader' aan te merken, die het gebruik van dat water heeft.

Ook wordt in deze titel nadere aandacht geschonken aan een vanuit een naburig erf op een openbare weg gevallen boom: geeft de eigenaar de boom daarmee prijs, dan is hij niet aansprakelijk; is evenwel iemand bereid op zijn kosten de boom weg te nemen, dan kan hij tegen de eigenaar optreden op grond van het interdict tot herstel van de weg; geeft de eigenaar de boom niet prijs, dan kan rechtstreeks op grond van dit interdict tegen hem opgetreden worden (D 43, 8, 2, 40).

Uit bovenstaande blijkt, dat de Romeinsrechtelijke regels niet zonder meer steun geven aan de stelling, dat het burennrecht in beginsel ook van toepassing is op de openbare weg.

Wat het Franse recht betreft is men in ons land over het algemeen gemakkelijk geneigd erop te wijzen dat de leer van het 'domaine public' tot een van ons recht geheel afwijkend systeem heeft geleid, zodat vergelijking niet opgaat. Hiermede wordt de kwestie dan, mijns inziens wat al te gemakkelijk, afgedaan. Op de eerste plaats dient men zich te realiseren, dat de ontwikkeling tot de leer van het publiek domein een zeer geleidelijke is geweest en dat de leer van met name Proudhon eerst dateert van na de totstandkoming van de Code civil. Daarom is het juist, wil men de bepalingen van de Code civil goed verstaan, deze te zien in de toen heersende opvattingen. Heel in het bijzonder valt er daarnaast op te wijzen, dat ook de eerste tijd na de totstandkoming van de Code civil, in 1803, zowel schrijvers als rechters ervan uitgingen, dat de voor het gebruik van het publiek openstaande zaken zich bevonden in eigendom van staat of gemeente.<sup>17</sup> Vanuit deze kennis dient dan ook een bepaling als artikel 650 C.c. gelezen te worden, waarvan een nagenoeg letterlijke vertaling terug te vinden is in artikel 720 BW.

Uit de studie van Féraud-Giraud in het boek 'Servitudes de voirie'<sup>18</sup> met als ondertitel 'Etudes sur la législation et la jurisprudence concernant les charges établies dans un intérêt de voirie sur les propriétés privées bordant les rues et places, routes et chemins, voies de fer, cours d'eau navigables ou flottables' blijkt wat voor ingewikkelde hoeveelheid regelen op dit gebied aanwezig was. In de 'Introduction' staat te lezen:

*'Les prescriptions législatives ou administratives qui établissent et règlent ces charges sont disséminées dans un très grand nombre de documents; quelques-unes seulement font l'objet d'ouvrages spéciaux; la plupart ne se trouvent étudiées que accessoirement ou rapidement dans des ouvrages généraux; il en est même qui n'ont encore fait l'objet d'aucun examen'.*

Het zou verre buiten het bestek van deze studie gaan dit omvangrijk onderzoek volledig op de voet te volgen. Wel lijkt het me gewenst op enkele markante punten daaruit te wijzen. In de eerste sectie van deel 1 wordt gehandeld over 'l'alignement'. Op pag. 40 wordt daarover onder meer het volgende gesteld:

*'On se rappelle la définition que nous avons donnée de l'alignement; c'est une charge imposée par suite de la contiguïté de la route aux bâtiments qui la bordent. C'est en échange des droits de vue, d'issue, de jours, des facilités de communication, dont jouissent les riverains de la voie publique, qu'ils sont soumis à l'alignement'.*

In deel twee, waaraan ook de nog volgende citaten ontleend zijn, wordt op pag. 3 onder aanhaling van D 43, 10, 1, 3 het volgende gesteld 'suivant la loi romaine, chaque particulier etait oblige de construire et réparer la rue, au-devant de sa propriété'. Op pag 172 wordt ons een belangrijke mededeling gedaan met betrekking tot bomen

'L'existence des arbres sur les bords des routes ou sur la limite de la propriété riveraine, et l'obligation pour les propriétaires de les planter et les entretenir, est une charge pour les riverains des routes Ces plantations ont été prescrites par les anciens reglements pour embellir les chemins et pour assurer leurs limites, surtout pour qu'ils pussent fournir au voyageur une ombre salutaire pendant l'été et lui indiquer sa route lorsque, pendant l'hiver, la neige couvre la terre'.

Met verwijzing naar verschillende 'ordonnances' staat op pag 174 'Les plantations d'arbres sur les bords des routes ont été anciennement l'objet de la sollicitude du pouvoir, et la matière d'un très grand nombre de dispositions législatives'

Na behandeling van de elkaar afwisselende wettelijke regelen stelt de schrijver op pag 184/185 het volgende aan de orde 'La première question qu'on doit se faire est celle de savoir si l'obligation de planter le long des grandes routes existe encore pour les riverains

Les anciens édits et règlements que je viens d'indiquer ont formellement imposé aux riverains l'obligation de faire des plantations d'arbres le long des routes L'arrêt du 3 mai 1720 notamment est très formel Ses prescriptions se trouvent rappelées et remises en vigueur par la loi du 9 ventôse an XIII, et le décret du 16 décembre 1811, les propriétaires ne peuvent s'y soustraire, car, depuis, il n'y a pas été dérogé On conteste, il est vrai, la légalité du décret du 16 décembre 1811, mais toujours sans succes, il faut tenir aujourd'hui qu'une pleine obéissance lui est due On a également essayé d'argumenter de la loi du 12 mai 1825 Lors de la discussion de cette loi, on s'est fortement élevé, à la Chambre, contre l'obligation de planter imposée aux riverains, on aurait même voulu que ce droit fût abrogé, mais c'est précisément ce qui n'a point été fait, il ne se trouve dans le projet ni dans la loi rien qui déroge sur ce point à la législation existante, cette législation se trouve même, quant à ce, formellement sanctionnée par le rapport de la commission, portant que le décret de 1811 continuait à subsister ainsi que l'obligation de planter Tenons donc comme certain que cette obligation existe encore pour les riverains des routes'

Een ander onderwerp betreft het aanbrengen van sloten. Op pag 217 wordt dit uiteengezet

'L'établissement des fossés parallèles aux routes est d'une très grande importance en matière de voirie, en préservant les voies publiques de l'humidité, ils assurent leur viabilité constante et leur conservation, en les séparant des héritages voisins, ils les défendent contre des impiétements que l'on a dû si souvent deplorer avant que l'administration portât sur les routes la sollicitude dont elle fait preuve depuis l'amélioration de cette partie des services publics'

Ten aanzien van de eigendom van sloten staat op pag 222 het volgende te lezen 'toutefois, je le répète, la propriété des fossés n'est attribuée à l'Etat qu'à titre de pré-somption légale Un particulier peut avoir eu intérêt à en établir, alors qu'il n'y avait aucune nécessité pour l'Etat de le faire, et dans ce cas, s'il justifie de sa propriété, en serait mal venu à la lui contester' En op pag 223 'C'est à l'administration, seule compétente pour fixer l'étendue et les limites de la propriété publique, à décider si les fossés sont ou non une dépendance des routes'

Op de volgende bladzijden wordt ingegaan op de verschillende wijzen van vaststelling van de eigendomsgrenzen

Aandacht vraagt ook hetgeen wordt opgemerkt over aflopend water, waar-over een uiteenzetting wordt gegeven op blz 249 e v

'Aussi l'obligation pour les propriétaires riverains des routes de recevoir les eaux qui en découlent se trouve-t-elle écrite dans les anciens règlements; (.....).

Cette disposition se retrouve textuellement dans l'article 8 de l'ordonnance du même bureau des finances, du 17 juillet 1781, qui renvoie aux ordonnances des 3 février 1741, 22 juin 1751, 29 mars 1754 et 30 avril 1772.

C'est en quelque sorte la reproduction des lois romaines: "*Cassius autem scribit, dit la loi 2, par. 3 au dig., de aquae et aquae pluv. arcend., lib. 39, tit. 3, si qua opera aquae mittendae causâ publicâ auctoritate facta sint, in aqua pluviae arcendae actionem non venire*".

Ces règles existent encore de nos jours, au vertu de la sanction qu'ont reçu les anciens règlements sur la voirie et de l'extension qu'on a donné à leur application depuis 1789.

Ce sont là des principes différents de ceux posés dans le Code civil. D'après l'article 640, les fonds inférieurs sont assujettis, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. Or, une route est un travail à la confection duquel la main de l'homme contribue essentiellement, et l'administration ne peut pas se fonder sur les dispositions du Code civil pour écouler sur les fonds riverains les eaux de ses routes.

In het daarop volgende wordt ingegaan op de verhouding tussen de regel van het aflopend water (C.c. artikel 640, vgl. BW artikel 673) en die betreffende de inrichting der daken (C.c. artikel 681, vgl. BW artikel 686). Na ook verwezen te hebben naar het Romeinse recht komt de schrijver tot de conclusie:

'En dehors des eaux qui découlent des toits, le riverain ne pourra donc déverser sur la voie publique que les eaux qui y arrivent naturellement. C'est le résultat forcé de l'application des articles 681 et 640 du Code civil, et encore faut-il observer que l'autorité municipale, comme l'autorité préfectorale, chacune pour les lieux sur lesquels elle exerce sa surveillance, ont le droit de prendre les arrêtés et dispositions nécessaires pour que l'exercice de ce droit ne nuise point à la viabilité, à la sûreté, et à la salubrité des voies publiques' (pag. 260 e.v.).

Ter afsluiting van dit onderdeel is het goed te wijzen op de interessante passage welke ingaat op de verhouding tussen de wet en het bestuur, op pag. 262/3:

'Si les riverains tenaient de la loi le droit de déverser les eaux ménagères sur la voie publique, comme ils tiennent d'elle le droit d'y déverser les eaux pluviales qui y découlent naturellement, l'administration ne conserverait que le pouvoir de réglementer l'exercice de ce droit et non le pouvoir de le supprimer sans illégalité, puisque ce serait se mettre au-dessus de la volonté du législateur'.

Tot slot moge ik een laatste passage uit de belangwekkende studie van Féraud-Giraud aanhalen betreffende het planten van bomen en struiken langs 'chemins'; op pagina 470 staat daarover het volgende:

'La loi du 9 ventôse an XIII, autorisant les plantations sur les bords des chemins sans prescrire de distance, on jugeait communément que l'on ne pouvait appliquer à ces plantations ni les règles du droit commun posées dans l'article 671, ni les règles applicables aux plantations des routes'.

Het vorenstaande verschaft enig inzicht in de situatie in Frankrijk welke bestond rond de tijd van de totstandkoming van de Code civil. Ook toen, zo is gebleken, waren de bepalingen van het burennrecht niet zonder meer van toepassing op de openbare weg.

De in Nederland op dit ogenblik heersende algemene leer, dat de bepalingen van het burendrecht ook opgaan voor een openbare weg, kan zich niet op een lang verleden beroepen. Geruime tijd voor het bekende Gorsselse bomen-arrest van 1961 boog de Hoge Raad zich in zijn zitting van 31 oktober 1895<sup>19</sup> over de vraag of de in Gorssel wonende landbouwer D. Dolleman opruiming kon vorderen van de door de Staat der Nederlanden in de berm van de openbare weg binnen de afstand van twee meter van de grens met Dolleman's perceel geplante bomen. Advocaat-generaal Van Maanen concludeerde tot verwerping van de eis, nadat hij onder meer erop gewezen had, dat 'een weg in de zin der wet geen erf, geen heritage is'. Even verder stelt hij

'Het laatste motief van het Hof voor zijne uitspraak is, dat de vordering moet worden afgewezen op grond van het regeringsrecht der overheid, blykende uit de wetgeving op dat stuk met name de wet van 9 Ventôse an XIII, Keizerlijk Decreet van 16 december 1811 en het Souverein besluit van 16 februari 1815, waarbij het beplanten der wegen in den ruimsten zin beschouwd werd als een onderdeel van den aanleg en het onderhoud der wegen en dus als een tak van den openbaren dienst, welke beplanting strekt om de wegen tot algemeen nut, bruikbaar te maken voor het verkeer, niet om daarvan als privaat eigenaar vruchten te trekken, en waarbij in aanmerking komt de bepaling van de richting of de rooilyn, zelfs waar de beplanting door derden geschiedt, zodat alleen de overheid, onder welks beheer de weg is gesteld, over de beplanting beslist, onafhankelijk van de bepaling van artikel 713 BW'.

In het Gorsselse bomen-arrest van 1895 formuleerde het hoogste rechtscollege twee te beantwoorden vragen: 1) erkent onze wet een principieel verschil tussen de zaken die deel uitmaken van het publiek domein en andere? 2) zo ja, zijn dan de voorschriften van de vierde titel van het toenmalige boek 2 BW op eerstgenoemde zaken, bepaaldelijk op de in artikel 577 bedoelde wegen, toepasselijk? De eerste vraag wordt positief beantwoord, het antwoord op de tweede verdient in het onderhavige verband meer aandacht. Sprekende over 'erven' zegt de Hoge Raad namelijk het volgende:

'dat toch dit woord, in zijn ruimste betekenis genomen, niet meer omvat dan alle gebouwde en ongebouwde eigendommen, en daaronder, naar het gewone spraakgebruik, niet vallen de openbare wegen, wateren en andere in artikel 577 genoemde zaken, dat voorts uit de gehele inhoud van de titel blijkt dat ook de wetgever het woord in dezelfde zin genomen heeft' en even verder: 'dat de titel niet voor openbare wegen is geschreven'.

De Kroon dacht er in 1929 bij zijn besluit van 25 april, Stb. 210, WGB 1929, blz. 193 niet anders over toen hij het raadsbesluit van de gemeente De Rijp vernietigde.

Geleidelijk wonnen hiervan afwijkende meningen in Nederland veld. De nieuwe leer vermocht evenwel, zoals uit het volgende blyken zal, de in de praktijk gegroeide situaties niet te veranderen. Deze leer zal het naar mijn mening dan ook niet halen. In het uit 1961 stammende Gorsselse bomen-arrest<sup>20</sup> moest de Hoge Raad — daar wees ik reeds eerder op — een terecht bekritiseerde redenering opzetten om de gemeente Gorssel uit de 'twee meter zone' te halen. Advocaat-Generaal Eijssen sloot zich in zijn conclusie aan bij de heersende leer: 'dat de titel over het burendrecht in het Burgerlijk Wetboek in het algemeen toepasselijk is ten aanzien van openbare wegen'. Hij was evenwel niet geheel zeker.

'Wat betreft de weg, deze en de gebruikers ervan zullen van bomen, geplant op de aan de weg gelegen percelen, in veel gevallen geen hinder of schade behoeven te ondervinden, ook niet als de bomen binnen de afstand van 2 meter van de weg staan. De artikelen 713 van 714 zijn daarom mijns inziens niet steeds ten volle toepasselijk ten aanzien van beplanting van percelen die aan een weg liggen' <sup>21</sup>.

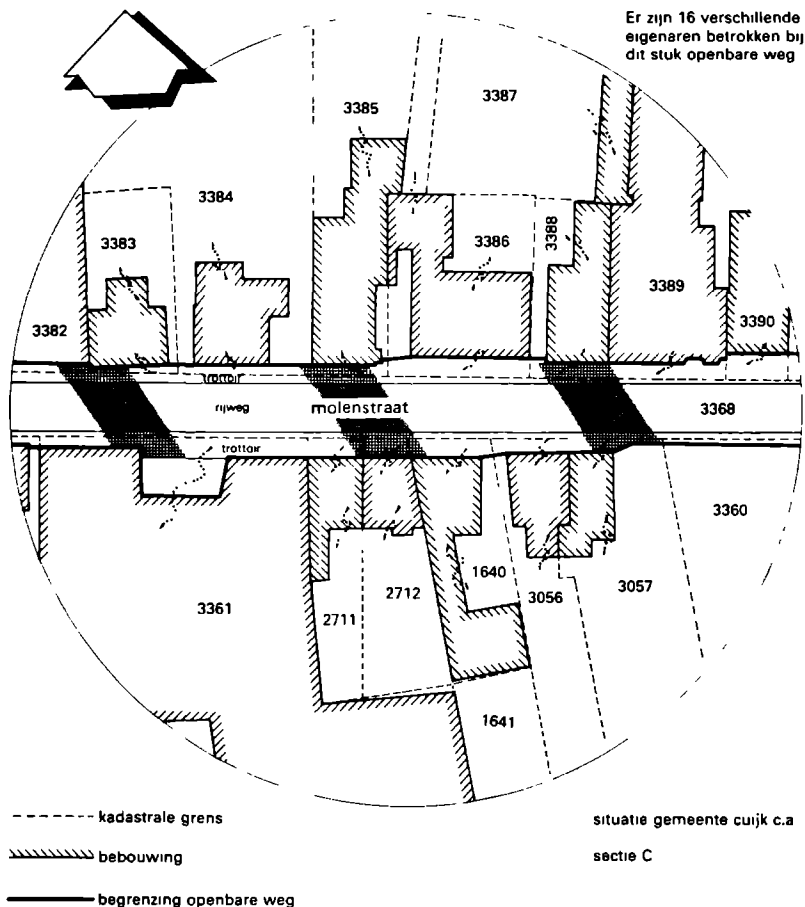
De Rechtbank te Dordrecht wond er in 1973 geen doekjes om en stelde ondanks de heersende leer vast, dat de bestemming van een der erven tot openbare weg zich verzet tegen toepassing van de artikelen 713 en 714 van het Burgerlijk Wetboek <sup>22</sup>. Zoals gesteld, schuilt naar mijn mening de problematiek voor deze materie overigens niet in het ten openbare dienste bestemd zijn, maar in het feit dat een weg niet als erf in het burennrecht – evenzo als in het taalgebruik – kan worden aangemerkt. Uit het navolgende blijkt dit eens te meer. Dat het bepaalde in de artikelen 713 en 714 Burgerlijk Wetboek niet opgaat voor wegen houdt overigens niet in dat men 'raak' kan planten. De in het Gorsselse bomen-arrest gehanteerde marginale toetsing zou dan terecht haar dienst kunnen bewijzen, maar dan steunende op artikel 1401 Burgerlijk Wetboek.

### *Par. 5 Voorbeelden uit de praktijk*

Zoals bekend is, geeft de vierde titel van het huidige boek 3 Burgerlijk Wetboek een regeling van rechten en verplichtingen tussen eigenaren van naburige erven. Hiermede wordt reeds indirect te kennen gegeven, dat de wetgever bij het ontwerpen van deze titel omtrent het begrip erf een beeld voor ogen heeft gestaan van een door eigendomsgrenzen bepaald onroerend geheel, wat dit laatste dan ook moge zijn geweest. In de praktijk van vroeger en nu blijkt bij herhaling, dat een openbare weg niet een door eigendomsgrenzen bepaald geheel is. Zonder naar de werkelijke toestand een onderzoek ingesteld te hebben, meen ik te kunnen beweren, dat in Nederland nauwelijks een gemeente te vinden is, waar iedere openbare weg bepaald wordt door eigendomsgrenzen.<sup>23</sup> Integendeel zelfs. Raadpleging van kadasters leert steeds weer hoe merkwaardig de eigendomsgrenzen in bebouwde komen lopen bij openbare wegen. Het is vaak een mozaïek van deeltjes en stukjes grond welke aan diverse eigenaren toebehoren en 'waarover de openbare weg loopt' of zoals ook regelmatig gezegd is 'waarop de last van openbare weg drukt'. Ter verduidelijking van zo'n situatie geef ik op de volgende bladzijde een afdruk van een bestaande openbare weg en de zich daarbij voordoeende eigendomsgrenzen in de gemeente Cuijk en Sint Agatha, anno 1976. Deze afbeelding van de Molenstraat – over gevolgen van openbaarheid in deze straat deed de Hoge Raad reeds een uitspraak bij zijn arrest van 18 april 1902, W 7756 – spreekt voor zichzelf. Zij is een specimen van de vele variaties die te vinden zijn.

In verschillende gemeenten in Nederland worden pogingen ondernomen om te komen tot, zoals het wel genoemd wordt, het rechtekken van eigendomsgrenzen bij openbare wegen. Hiermede streeft men na dat de begrenzing van de openbare weg gelijk is aan de eigendomsgrenzen. Het is een moeizaam verlopend proces van jaren.





Een ander voorbeeld betreft de toepassing van artikel 678 Burgerlijk Wetboek. Het aanbrengen van grenstekens ter aanduiding van de afscheiding van verschillende eigendommen met de openbare weg, waar deze wel door een eigendomsgrens bepaald wordt, is een dagelijks voorkomende praktijk. Na de aanleg van nieuwe woonwijken, het opdelen in percelen volgt de verkoop van de verschillende stukken bouwgrond, waarbij de grensafscheiding met de openbare weg pleegt te worden aangebracht. Het komt nu in de praktijk – voorzover ik ben kunnen nagaan – niet voor, dat in dat geval de afscheiding ‘ten gemeenen koste’ gedaan wordt. De kosten van de afscheiding plegen geheel en uitsluitend gedragen te worden door de eigenaar van de aan de openbare weg grenzende grond. Het wordt als vanzelfsprekend ervaren, dat de eigenaar van de openbare weg niet meebetaalt in de kosten van afscheiding.

Een derde voorbeeld betreft de gang van zaken bij het planten van bomen en struiken langs openbare wegen. Sinds jaar en dag is het overal in Nederland gebruikelijk, dat tot de eigendomsgrens met de openbare weg bomen en struiken geplant worden door eigenaren van aangrenzende gronden. Mij is geen enkel geval bekend, dat een overheidsinstantie louter met een beroep op artikel 714 Burgerlijk Wetboek verwijdering daarvan gevorderd heeft. Deze praktijk is niet verdedigbaar op grond van de uitzondering welke in artikel 713 Burgerlijk Wetboek gemaakt wordt, door te verwijzen naar 'bijzondere reglementen of ten gevolge van vaste en erkende gebruiken', aangezien zij ook en met name opgaat, waar geen bijzondere reglementen of gebruiken gelden. Deze gang van zaken past ook niet in de door Beekhuis<sup>24</sup> weergegeven, aan de rechtspraak ontleende leer, inhoudende dat de bepalingen van het burennrecht op openbare wegen van toepassing zijn, tenzij uit de strekking van de bepaling het tegendeel blijkt, of wanneer die toepassing onverenigbaar zou zijn met de openbare bestemming danwel met de voorzieningen, welke met het oog op de verwezenlijking daarvan vereist zijn. Dit geeft Beekhuis ook toe waar hij zegt<sup>25</sup> bij de bespreking van artikel 713 Burgerlijk Wetboek: 'Daarentegen geldt het artikel ons inziens niet, wanneer het aanliggende erf een openbare weg is'.

Tevens dient hier vermeld te worden, dat ondanks of dankzij het Gorsselse bomen-arrest van 1961 – het gaat er maar om van welke kant men het beziet – overheidsinstanties ijverig laten planten binnen de afstanden genoemd in artikel 713 Burgerlijk Wetboek. De praktijk wijst ook uit, dat de aangrenzende eigenaren zich dan niet (vlug) tot de rechter wenden. In Gorssel mag men zich wat dit betreft op een afwijkende traditie beroepen: binnen 70 jaar tweemaal tot bij de Hoge Raad.

## *Par. 6 Slot*

Het geheel der burennrechtelijke regels overziende, lettende op de ontwikkeling daarvan en de totale systematiek, vraag ik mij af hoe op een acceptabele wijze verdedigbaar zou moeten zijn de stelling, dat de titel van het burennrecht ook van toepassing moet worden geacht op – openbare – wegen. Het tegendeel zou ik durven te beweren, terwijl het me juist voorkomt in het komende recht dit als uitgangspunt te nemen. Niet omdat zulks zou voortvloeien uit het feit dat de weg ten openbare dienste bestemd is, maar omdat de weg als zodanig niet als een erf in burennrechtelijke zin, evenmin als in het taalgebruik, kan worden opgevat. Dat de weg vaak in samenstelling met het woord openbaar – in welke zin men dit ook zou willen verstaan – gebruikt werd en wordt, ligt voor de hand. De weg wordt immers beschouwd als een verkeersbaan en wel voor ieder. Het is verwerpelijk koste wat kost een eenmaal ingenomen standpunt overeind te houden, terwijl per slot van rekening bij handhaving daarvan meer gevallen onder de uitzonderingen dan onder de regel blijken te vallen, zo dit laatste al mogelijk zou zijn.

# beperkte zakelijke rechten op openbare wegen

## Par. 1 Inleiding

Bij de bespreking van de eigendom van de openbare weg zijn de belangrijkste beginselen aan de orde gesteld. Nu kan daarop worden voortgebouwd. Vooreerst kan aansluiting gevonden worden bij de indeling, welke in hoofdstuk II werd gemaakt. In paragraaf 4 werd daar nader ingegaan op de verhouding tussen de eigenaar en de gebruiker van de openbare weg. Naast het algemeen of normaal gebruik kwam ter sprake het bijzonder gebruik van de openbare weg. Vervolgens kan erop gewezen worden, dat de onderscheiding welke gemaakt werd terzake van het bijzonder gebruik ook bij de behandeling van het onderhavige onderwerp haar dienst kan bewijzen. In dit hoofdstuk wordt als uitgangspunt genomen de positie van de beperkt zakelijk gerechtigde, terwijl daarentegen in hoofdstuk II het vertrekpunt bij de eigendom lag. Achtereenvolgens komen hier ter sprake de volgende vragen. Kunnen zakelijke rechten op openbare wegen gevestigd worden betreffende het algemeen gebruik; betreffende het bijzonder gebruik dat nodig is ten behoeve van het algemeen gebruik en betreffende het bijzonder gebruik dat samenhangt met de functie van de openbare weg. Tot slot komt dan aan de orde het servituut van uitweg naar de openbare weg.

Aan de behandeling van deze vragen dient, mede naar aanleiding van het in het vorige hoofdstuk ingenomen standpunt, een vraag van meer algemene aard vooraf te gaan. Dient onder het woord 'erf' buiten het burendrecht een weg wel of niet begrepen te worden? Regelmatig wordt immers het woord 'erf' gebruikt in de titel betreffende erfdienstbaarheden, maar ook elders zoals bij het erfpachtsrecht (artikelen 768, 770 en 778), het vruchtgebruik (artikelen 843, 846 en 849) en het recht van gebruik en bewoning (artikelen 868, 872 en 875). In tegenstelling tot hetgeen ik voor het burendrecht heb verdedigd, ben ik van mening dat het woord 'erf' buiten het burendrecht wel de betekenis toekomt, die daaraan algemeen in het recht wordt toegekend. Niet zozeer omdat de wetgever met het hanteren van dit woord een weg voor ogen zou hebben gestaan, maar wel omdat een ruime betekenis – een typisch juridische betekenis voor 'erf' – hier tot een verantwoorde toepassing leidt. Reeds in de conclusie voorafgaande aan het arrest van de Hoge Raad van 5 januari 1912<sup>1</sup> stelt Advocaat-Generaal Ort na aanhaling van enkele artikelen in de vijfde (!) titel van het huidige boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (van zaken):

'De gewone betekenis naar het spraakgebruik van het woord "erf" is hier daaraan dus niet toegekend' en even verder ingaande op het burendrecht: 'De Hoge Raad besliste zelf bij arrest van 31 oktober 1895 W.6732 "dat in verschillende artikelen handelende over afscheiding van aan elkander grenzende eigendommen en over de rechten van licht en

uitzicht over eens anders erf, bepalingen voorkomen die ten duidelijkste aantoonen dat de titel (IV) niet voor openbare wegen is geschreven". Maar ik kan niet inzien dat hierdoor eenige gevolgtrekking is gerechtvaardigd in den zin dat waar het geldt *erfdienstbaarheden*, een erf niet zou kunnen zijn een openbare weg. Reeds de aard van het burennrecht eischt te dien aanzien bijzondere bepalingen'.

De Hooge Raad overwoog:

'dat terecht door het Hof, op alleszins juiste gronden, is beslist, dat de uitdrukking "erf" in art. 721 BW de ruime beteekenis heeft van "een lichamelijk onroerend goed".'

De nu niet tot uitzonderingen en problemen aanleiding gevende toepasbaarheid van de wettelijke bepalingen en de van ouds in rechtspraak en literatuur algemeen gevolgde opvatting tonen voldoende aan, dat het verantwoord is aan het woord 'erf' een typisch juridische betekenis toe te kennen in de vijfde, zevende, negende en tiende titel van het huidige boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, handelend over zaken. Onder erf wordt dan verstaan een lichamelijke onroerende zaak.

## *Par. 2 Beperkte zakelijke rechten betreffende het algemeen gebruik*

In hoofdstuk II is de vraag gesteld naar de juridische positie van de weggebruikers. De conclusie was, dat de gebruiker geen subjectief recht heeft op gebruik van de weg. Bovendien werd afgewezen bij de huidige wetenschappelijke stand van zaken in ons recht te spreken van een subjectief publiek recht dat de gebruiker van de openbare weg zou toekomen. De vraag naar de mogelijkheid tot het vestigen van beperkte zakelijke rechten op openbare wegen betreffende het algemeen gebruik dient zich nu als vanzelf aan. Immers, indien de gebruikers geen subjectief recht toekomt, is het dan mogelijk dit te verwerven?

Dat het van belang kan zijn over een beperkt zakelijk recht te beschikken dat overeenkomstig het algemeen gebruik is, leert een vonnis van de Rechtbank te Zutphen van 22 april 1909<sup>2</sup>. Bij een eerder vonnis had de Rechtbank op vordering van een zekere H. beslist, dat deze gedaagde R. niet kon aanspreken op grond van onrechtmatige daad, aangezien R. zich over een openbare weg van H. had begeven. In het onderhavige geding had R. een vordering wegens onrechtmatige daad tegen H. ingesteld, aangezien deze het gebruik van die openbare weg belemmerde. De Rechtbank overwoog o.m. als volgt:

'dat als middel van niet-ontvankelijkheid onder andere is opgeworpen, dat eiser noch krachtens enig zakelijk recht, noch als gebruur, noch krachtens overeenkomst recht op het pad doet gelden, doch enkel beweert recht te hebben een openbaar pad te betreden;

also een recht wil doen gelden, waarvan de handhaving niet hem, doch slechts het openbaar gezag kan toekomen;

O. dat een vordering tot opheffing van belemmeringen in het gebruik van een openbare weg niet kan worden ingesteld door een particulier, die enkel beweert recht te hebben den weg te gebruiken omdat deze openbaar is;

O. toch dat een individueel recht op gebruik van een openbare weg niet bestaat, terwijl eiser in dit geding ten onrechte beweert, dat dergelijk recht hem zou zijn toegekend bij meergemeld in kracht van gewijsde gegaan vonnis dezer Rechtbank, waarbij wel is beslist, dat de toenmalige eiser, nu gedaagde (H.) het hem in eigendom toebehorend zogenaamde Hofmanspad bestemde tot openbaar pad, dat het openbaar gezag zich met het pad be-

moeide, en dat de toenmalige gedaagde, nu eiser, (R) geen onrechtmatige daad kon plegen door er over te lopen,  
O evenwel, dat het niet plegen van een onrechtmatige daad iets anders is dan het hebben van een recht'

In hoofdstuk II werden bij het onderzoek naar de betekenis van de aanspraak op algemeen of normaal gebruik drie Koninklijke Besluiten besproken, waaruit bleek dat de Kroon alleen dan bereid was toe te laten dat een weg aan het openbaar verkeer onttrokken werd, indien belanghebbenden een servituut van weg in plaats daarvan tevoren hadden verworven. Volstaan moge worden met te verwijzen naar de Koninklijke Besluiten van 1 juli 1970, nr 12, AB 1971, 34 m n St, van 21 februari 1973, no 27, AB 1973, 118 m n St, en van 2 januari 1974, no 32, AB 1974, 129 m n St

Verzet heeft opgeroepen het arrest van de Hoge Raad van 4 mei 1966<sup>3</sup> inzake Mevrouw Hinken-Berends tegen de provincie Overijssel. De Hoge Raad achtte juist de vestiging van een erfdienstbaarheid van overweg, haaks op een aan te leggen autoweg. De overwegingen van de Hoge Raad worden hier volledig weergegeven

'dat juist is het in het middel aangevoerde dat de rechthebbende naar burgerlijk recht op een weg — dat wil zeggen op grond, waarop de weg is aangelegd — daaronder begrepen de rechthebbende krachtens een beperkt recht gelijk een erfdienstbaarheid, ingevolge artikel 14 van de Wegenwet alle verkeer over die weg heeft te dulden en zijn eigen recht op die weg — op de ondergrond — door publiekrechtelijke voorschriften, uitgevaardigd van Rijkswegen, kan worden beperkt of uitgesloten, en bovendien juist is dat de in het Burgerlijk Wetboek vervatte bepalingen betreffende erfdienstbaarheden met betrekking tot ten openbare nutte bestemde onroerende goederen buiten toepassing blijven ingeval die toepassing onverenigbaar is met die bestemming,

dat een en ander op zichzelf niet medebrengt dat een erfdienstbaarheid van overweg als door de Provincie is aangeboden niet deugdelijk zou kunnen zijn tot beperking of opheffing van schade te ontstaan door tijdverlies wegens — zonder die erfdienstbaarheid noodzakelijk — omrijden en omlopen,

dat, mede naar aanleiding van de toelichting van het middel bij pleidooi, valt aan te nemen dat de kern van het middel vooral is gelegen in de stelling, dat het recht van een rechthebbende naar burgerlijk recht op grond, waarop een weg is aangelegd, ingeval van geslotenverklaring van de rijbaan van die weg voor alle verkeer, behalve voor dat met motorrijtuigen, krachtens hoofdstuk II WVR zal worden terzijde gesteld door de verbodsbepaling van artikel 9 van dat Reglement, en dat toepassing van de in het Burgerlijk Wetboek vervatte bepalingen betreffende erfdienstbaarheden ten aanzien van de door de Provincie aan partij Berends aangeboden erfdienstbaarheid onverenigbaar zal zijn met de voorgenomen geslotenverklaring van de rijbaan,

dat deze stelling in andere bewoordingen neerkomt op het blijkens het bestreden vonnis door partij Berends voor de Rechtbank gehouden doch door deze onjuist bevonden betoog, dat de aangeboden erfdienstbaarheid waardeloos is wijl het, nadat de nieuwe weg tot een "autoweg" zal zijn verklaard, aan voetgangers ingevolge artikel 9, lid 2, WVR niet meer geoorloofd zal zijn deze te betreden,

dat ingevolge de eerste volzin van genoemde bepaling het aan voetgangers verboden is zich zonder noodzaak op een weg te bevinden, waarvan krachtens hoofdstuk II van het Reglement de rijbaan of de rijbanen gesloten is of zijn voor alle verkeer in beide richtingen, behalve voor dat met motorrijtuigen,

dat de door de Provincie aangeboden erfdienstbaarheid ertoe strekt voor partij Berends schade te voorkomen door tijdverlies wegens omrijden en omlopen bij de uitoefening van haar bedrijf,

dat indien partij Berends of degenen, die in haar bedrijf werkzaam zijn, zich bij het gebruik maken van de aangeboden erfdienstbaarheid overeenkomstig voormeld doel op de op het onteigende aangelegde weg bevinden, niet gezegd kan worden dat zij zich daarop in

de zin van voorschreven bepaling bevinden zonder noodzaak;

dat mitsdien de Rechtbank, wat er zij van de daarvoor door haar aangevoerde grond, de stelling van partij Berends terecht onjuist heeft geoordeeld, en het middel zich tegen dat oordeel in cassatie vruchteloos keert;

dat, voor zover het middel tevens zou bedoelen te stellen dat aan de mogelijkheid om rechtsgeldig een erfdienstbaarheid, als door de Provincie aangeboden, in het onderhavige geval te vestigen mede het verbod, vervat in het eerste lid van artikel 9 voornoemd, in de weg zou staan, het eveneens zou falen;

dat toch een geslotenverklaring krachtens hoofdstuk II WVR van de rijbaan of de rijbanen van een weg voor alle verkeer in beide richtingen behalve voor dat met motorrijtuigen niet inhoudt een verbod die weg in dwarsrichting over te rijden of over te gaan;

dat, tenslotte, ook de enkele kans, dat op den duur door toeneming van het verkeer het gebruikmaken van een erfdienstbaarheid als de onderhavige zeer bezwaarlijk zou worden, niet medebrengt dat het in strijd zou zijn met de regelen van het onteigeningsrecht dat de rechter een aanbod van de onteigenende partij tot het verlenen van de erfdienstbaarheid als middel tot beperking van de schade, door de onteigening te veroorzaken, deugdelijk verklaart;

dat mitsdien het middel vruchteloos is voorgedragen;

Verwerpt het beroep'.

Uit bovenstaande voorbeelden moge voldoende duidelijk worden hoezeer publiek- en privaatrecht gelijkelijk gehanteerd worden om problemen betreffende de openbare weg op te lossen. In het geval Hinken-Berends contra de provincie Overijssel betrof het een civielrechtelijke gerechtigdheid in relatie tot het verkeersrecht, in de genoemde Koninklijke Besluiten werd het civiele recht te hulp geroepen om de gebruikers van een openbare weg ook na opheffing van de openbaarheid voldoende zekerheid te bieden. De Kroon eiste dat de rechten vóór de opheffing gevestigd werden. In zijn noot onder het besluit van 1 juli 1970<sup>4</sup> wijst Stellinga nadrukkelijk erop 'dat een besluit tot onttrekking eerst goedgekeurd zal kunnen worden, als aan een voorwaarde is voldaan.' In al de genoemde gevallen ging het om de vestiging van een zakelijk recht overeenkomstig het normale gebruik.

Het bovenvermelde arrest inzake Hinken-Berends vraagt in deze context nadere aandacht, ook al omdat het aanleiding geeft om daaruit nadere lijnen te trekken welke aandacht vragen bij het vestigen van beperkte zakelijke rechten. In deze casus was de provincie Overijssel eigenares van de aan te leggen weg, waarop de erfdienstbaarheid gevestigd zou worden: de provincie kan in de kwaliteit van zowel eigenaar als toekomstig beheerder van de aan te leggen autoweg optreden. De Hoge Raad zag zich voor een niet eenvoudige zaak gesteld. De derde kamer had naast een onteigeningsrechtelijk vraagstuk een uitspraak te doen over een civiele aangelegenheid: het vestigen van een erfdienstbaarheid op een toekomstige openbare autoweg, over een strafrechtelijk aspect: het zich al dan niet zonder noodzaak als voetganger bevinden op een autoweg en over een administratiefrechtelijk punt: mocht de provincie Overijssel als toekomstige beheerder van die autoweg redelijkerwijze tot dit aanbod komen.

De cassatiemiddelen en de overwegingen van de Hoge Raad onderscheiden niet zo scherp, maar omwille van de inzichtelijkheid in deze materie komt het mij juist voor deze casus aldus te analyseren. De *civielrechtelijke* vraag behoefde niet veel problemen op te leveren. Advocaat-generaal Bakhoven wijst er in zijn conclusie bij dit arrest duidelijk op: 'dat op openbare wegen zakelijke rechten gevestigd kunnen zijn, werd door Uw Raad reeds beslist bij

arrest van 15 februari 1918, blz. 385. Dat zij ook gevestigd kunnen worden is onder andere betoogd door Vegting (Het Algemeen Nederlands Administratief Recht, blz. 322).<sup>5</sup> Op zichzelf behoeft het vestigen van een erfdienstbaarheid op een openbare weg geen problemen op te roepen. De eigenaar van de openbare weg heeft die bevoegdheid. Of na vestiging die erfdienstbaarheid het beoogde effect zal sorteren is, zoals Bakhoven even verder mijns inziens terecht opmerkt, een vraag naar de werking van dit recht, nadat het gevestigd is.

Vervolgens komt het *administratiefrechtelijk* punt naar voren: kan redelijkerwijze de te vestigen erfdienstbaarheid in overeenstemming gebracht worden met de bestemming en functie van de weg? Kan de beherende overheid accepteren dat de door de eigenaar verleende bevoegdheid daadwerkelijk door de servituutgerechtigde wordt uitgeoefend? Is de uitoefening van het recht van overweg in overeenstemming te brengen met de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van *deze* openbare weg? Deze vragen zijn onvoldoende uit de verf kunnen komen. Polak stelt in zijn noot onder het arrest<sup>6</sup>: 'Het is jammer dat partij Berends niet heeft aangevoerd, dat zij met zekerheid voorziet, dat het verkeer op de autoweg zo druk wordt, dat zij practisch van de overweg geen gebruik meer zal kunnen maken'. Het lijkt mij niet waarschijnlijk, dat Berends het met deze stelling gehaald had, aangezien zij deze feitelijke veronderstelling naar mijn gevoelen moeilijk vooraf zou hebben kunnen waar maken. Beekhuis gaat op dit aspect ook in: 'Een erfdienstbaarheid waarvan de uitoefening op den duur voor de gerechtigde levensgevaar kan opleveren, is zeker niet als een redelijke oplossing te beschouwen.'<sup>7</sup> Het ware wellicht beter geweest, indien partij Berends van de beheerder van de weg gevraagd had de nodige garanties te krijgen op grond waarvan zij daadwerkelijk in staat was tot uitoefening van de haar te verlenen erfdienstbaarheid. Zou de provincie Overijssel als toekomstige beheerder wel bereid zijn geweest die garanties door middel van te nemen maatregelen te geven, dan zou de vestiging van de erfdienstbaarheid verantwoord zijn. Het betreffende overheidslichaam had dan als eigenaar én als beheerder getoond zijn aanbod gestand te zullen doen.<sup>8</sup> Zou de provincie Overijssel later tot de bevinding komen, dat de aan de uitoefening van de erfdienstbaarheid verbonden bezwaren zo groot werden, dat de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid of veiligheid van de openbare weg als autoweg daardoor in gedrang kwam, dan zou zij deze erfdienstbaarheid kunnen onteigenen. Op deze laatste mogelijkheid had de Rechtbank reeds gewezen. Mocht de provincie Overijssel als toekomstige beheerder niet de bereidheid hebben aan Berends de uitoefening van haar servituut te garanderen door nader te nemen maatregelen, dan had naar mijn mening de rechter mogen concluderen, dat Berends in redelijkheid niet gehouden zou zijn de erfdienstbaarheid te aanvaarden. De provincie Overijssel was weliswaar bereid een servituut van overweg te vestigen op grond van haar recht van eigendom van de weg. Maar was zij ook bereid dit servituut daadwerkelijk inhoud te geven op grond van de haar toekomende bevoegdheid als beheerder van die weg? Zo niet, dan zou dit er voldoende op duiden dat de beherende provincie zelf van mening was na afweging van de betrokken belangen het niet verantwoord te achten bedoeld servituut te laten uitoefenen en dus te vestigen. Dat het hier gemaakte onderscheid niet nieuw is, kan met name gedemonstreerd worden aan bepa-

lingen in de Verkeerswet tegen lintbebouwing: artikel 8 en 10. Artikel 750 BW – bepalende dat erfdienstbaarheden teniet gaan wanneer de zaken zich in zodanige staat bevinden, dat men daarvan geen gebruik meer kan maken – omtrent welks toepassing Polak een vraag opwerpt<sup>9</sup>, zou in geen van beide gevallen het recht van partij Berends teniet kunnen doen.

Het *strafrechtelijk* aspect betreft de vraag naar het zich zonder noodzaak als voetganger bevinden op een autoweg. Met Polak<sup>9</sup> betreur ik het door de Hoge Raad ten deze ingenomen standpunt. Artikel 9 lid 2 WVR (oud) ziet op een geheel andere situatie dan de Hoge Raad daaraan toekent. Overigens vraag ik mij af, of het oordeel omtrent het zich als voetganger zonder noodzaak op een autoweg bevinden niet als van feitelijke aard moet worden aangemerkt. Gaat men uit van de aanbeveling van de Procureurs-Generaal bij de vijf Gerechtshoven het begrip noodzaak als een werkelijke noodsituatie te verstaan<sup>10</sup>, dan zou men geneigd zijn de beoordeling daarvan aan de over de feiten beslissende rechter over te laten. Daarnaast valt erop te wijzen, dat in het huidige artikel 87 lid 3 RVV – in tegenstelling tot het bepaalde in het van voor 1 januari 1967 daterende artikel 9 lid 2 WVR – melding wordt gemaakt van zowel autoweg als autosnelweg. Het begrip autosnelweg, dat in het vroegere WVR niet voorkwam, heeft sinds het Koninklijk Besluit van 31 januari 1974, Stb. 40<sup>11</sup> de volgende omschrijving bij bord 57a gekregen: 'Aanduiding autoweg. Deze weg heeft gescheiden rijbanen en ongelijkvloerse kruisingen'. Dit laatste nu, zo komt mij voor, onthoudt aan de beheerder van een autosnelweg de mogelijkheid een servituut van gelijkvloerse overweg op een autosnelweg toe te staan. Mocht, zoals in het geval Hinken-Berends, een overheidsinstantie als eigenares en beheerder van een autosnelweg een servituut van overweg – gelijkvloers – op die weg wensen te vestigen, dan zou mijns inziens geoordeeld moeten worden, dat die overheid in redelijkheid niet tot dit aanbod had kunnen komen. De autosnelweg zou dan immers niet aan zijn bestemming en functie kunnen voldoen. Deze gedachtengang bevestigt op andere gronden het reeds eerder gestelde, dat niet onderschreven kan worden het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Hinken-Berends, dat indien partij Berends zich bij het gebruik maken van de aangeboden erfdienstbaarheid overeenkomstig voormeld doel op de op het onteigende aangelegde weg bevindt, niet gezegd kan worden dat zij zich daarop zonder noodzaak bevindt. In artikel 87 lid 3 RVV is als beginsel bepaald, dat het voetgangers verboden is zich zonder noodzaak op een autoweg of autosnelweg te bevinden. Autoweg of autosnelweg maakt hier dus geen verschil. Zou de Hoge Raad zijn standpunt handhaven als de provincie Overijssel voornemens was geweest aldus te handelen bij de aanleg van een autosnelweg?

De aangehaalde uitspraken van de rechterlijke instanties en de Kroon bieden aanknopingspunten voor het opstellen van enkele uitgangspunten. Duidelijk is, dat het algemeen of normaal gebruik van een openbare weg geen subjectief recht verschaft aan de gebruiker. Wel verschaft de openbaarheid van weg onder bepaalde omstandigheden een zodanige positie aan een gebruiker, dat opheffing van die openbaarheid slechts dan verantwoord wordt geacht, indien een subjectief recht aan de gedupeerde in de plaats daarvan komt. Mocht een gebruiker een recht van servituut op een openbare weg verkregen hebben tot normaal gebruik van die weg, dan kan dit recht niet naar buiten kenbaar worden – met name de exclusiviteit van het recht komt



dan niet tot uitdrukking —, maar het recht als zodanig blijft bestaan. In geval van opheffing van de openbaarheid kan het belang van dit recht blijken. In ons recht wordt ervan uitgegaan, dat de overheid zowel op publiekrechtelijke als privaatrechtelijke grondslag kan handelen met de openbare weg, daarbij die bevoegdheid gebruikend welke tot het gestelde doel kan leiden. Steeds weer is het daarom nodig te onderscheiden tussen de verschillende kwaliteiten waarin een overheidsinstantie optreedt. Eerst nadat is vastgesteld welke aspecten bij een bepaalde situatie spelen en in welke hoedanigheden de overheid daarbij betrokken is, kan worden uitgemaakt wat het uiteindelijk resultaat dient te zijn inzake beslissingen ten aanzien van de openbare weg. De analyse van de casus inzake Hinken-Berends geeft dit wederom duidelijk aan.

Een laatste aspect vraagt ter afsluiting van dit onderdeel een enkele kanttekening: het verkeersaspect. Zoals bij de bespreking van de verhouding tussen de eigenaar en de beheerder duidelijk naar voren is gekomen, is de zorg voor de verkeersveiligheid niet de taak van de beheerder als zodanig. Wel is gebleken, dat aan de beheerder in het Reglement verkeersregels en verkeerstekens een belangrijke met name op de uitvoering betrekking hebbende positie is toegekend, maar het is goed te blijven onderscheiden tussen de verschillende bij de openbare weg betrokken belangen. Boven het eigendoms- en het beheersbelang staat dat van de regeling van het verkeer. In de casus Hinken-Berends bleek dit ook. De verkeerswetgever stelt regels welke hij vanuit zijn doelstelling nodig acht. Eigenaar en beheerder staan daarbuiten. Zij zijn niet gerechtigd in de beoordeling daarvan te treden en zij dienen zich bij hun handelen rekenschap te geven van de verkeersregels. Gesteld, dat in artikel 9 lid 2 WVR (oud) de woorden 'zonder noodzaak' ontbroken hadden en een onbeperkt verbod voor voetgangers gegolden zou hebben om zich op een autoweg te bevinden, zou de provincie Overijssel dan nog een dergelijk aanbod gedaan kunnen hebben? Mij lijkt van niet. Eigenaar en beheerder kunnen slechts handelen binnen de marge van de regels die de wetgever gesteld heeft vanuit het verkeersbelang. Dit spreekt voor zichzelf. Reeds vanaf het eerste hoofdstuk heb ik erop gewezen, dat de wetgever één aspect voorop heeft gesteld: het verkeersaspect. De weg is een verkeersbaan te land, de openbare weg is de met juridische waarborgen verankerde, voor ieder bestendig openstaande verkeersbaan te land. Vanuit die bestemming moet worden gehandeld. De veiligheid van het verkeer over die verkeersbaan is uitgangspunt en doel. Eigendomsbevoegdheden en beheersactiviteiten zijn ondergeschikt gemaakt aan die alles-overheersende bestemming. Eigenaar en beheerder kunnen slechts hun eigen 'belangen' behartigen indien en voorzover het verkeersbelang dat toelaat. Voor derden speelt dit in dezelfde mate. De verkeerswetgever trekt de grenzen.

### *Par. 3 Beperkte zakelijke rechten van bijzonder gebruik van de openbare weg dat nodig is ten behoeve van het algemeen gebruik*

In hoofdstuk II werd gesteld, dat in lid 3 van artikel 14 Wegenwet een regeling is gegeven om dát bijzonder gebruik mogelijk te maken, dat nodig is ten behoeve van het algemeen gebruik. Dit bijzonder gebruik komt niet aan eenieder toe, maar slechts aan het gezag dat tot het verrichten van die werk-

zaamheden bevoegd is. De ten behoeve van het verkeer aan te brengen voorwerpen kunnen worden geplaatst buiten het privaatrecht om: de rechthebbende heeft dit te dulden. Alhoewel het in de praktijk bij mijn weten niet voorkomt, is het niet ondenkbaar, dat een regeling voor het plaatsen van deze voorwerpen op privaatrechtelijke basis getroffen wordt. Uitgesloten is dit niet. Met name moge ik ook in dit verband ingaan op het planten van bomen langs wegen. Naar mijn mening is het planten van bomen niet zonder meer aan te merken als ten behoeve van het verkeer zoals de Wegenwet dit verstaat. In het Gorsselse bomen-arrest van 1961 werd dan ook het esthetisch aanzien ten tonele gevoerd<sup>12</sup>. Mocht de beheerder — niet eigenaar — van een openbare weg bijvoorbeeld ter verfraaiing van de weg — een bijzondere functie die de weg zou kunnen gaan vervullen — bomen wensen te planten, dan zou hij een recht van opstal daartoe kunnen verkrijgen. Mocht hij het daarbij nodig vinden — gesteld dat artikel 713 BW van toepassing zou zijn; quod non — binnen de twee-meter-strook te planten, dan zou hij daartoe met de eigena(a)r(en) van aangrenzende erven een regeling dienen te treffen.

Twee kanttekeningen kunnen in dit verband geplaatst worden. Ten eerste: nu de Wegenwet alleen van toepassing is op openbare wegen, in enge zin geïnterpreteerd, rijst met name hier de vraag hoe het gezag dat ingevolge het Reglement verkeersregels en verkeerstekens bevoegd is tot het nemen van besluiten inzake plaatsing van verkeersborden (artikel 132) dient te handelen om de noodzakelijke voorwerpen geplaatst te krijgen bij de overige voor het openbaar verkeer openstaande wegen. Moet dan wel overeenstemming bereikt worden tussen de rechthebbende en de desbetreffende instantie? Het lijkt, formeel gezien, de enige conclusie, maar het is een betreurenswaardige. De nodige verkeersmaatregelen zouden niet bijtijds getroffen kunnen worden, als de rechthebbende van de weg niet bereid zou zijn medewerking te verlenen. In de praktijk heeft dit overigens niet veel te betekenen. De eigenaar treft zelf maatregelen of wordt gehoord (artikelen 131 en 132 RVV). Aangezien hij het openstaan gedooft mag men behoudens tegenspraak aannemen dat hij daarmee ook de bereidheid heeft de nodige borden te laten plaatsen (zie artikel 134 RVV).

De tweede opmerking betreft de beëindiging van de duldplicht van de rechthebbende. Deze behoeft de geplaatste voorwerpen niet langer te dulden dan de openbaarheid van de weg duurt. Tijdens het bestaan van die openbaarheid heeft hij niet te treden in de beoordeling van de vraag of het nodig danwel wenselijk is dat deze voorwerpen geplaatst worden. De beheerder plaatst de voorwerpen, hetzij op eigen gezag hetzij ter uitvoering van een besluit. Gaat de openbaarheid, in enge zin genomen, teniet dan houdt tengevolge daarvan voor de rechthebbende van de weg de plicht op die voorwerpen in zijn weg te dulden. Aangenomen moet worden dat degene die op zijn kosten de voorwerpen geplaatst heeft het recht heeft deze te verwijderen, waarbij de weg in de oorspronkelijke toestand teruggebracht moet worden. Met de rechthebbende kan uiteraard anders overeengekomen worden. Zo degene, die tot verwijdering van die voorwerpen gerechtigd is deze zou laten staan, zijn er twee mogelijkheden denkbaar: ofwel de rechthebbende van de weg kan hem sommen deze op zijn kosten te verwijderen ofwel de rechthebbende behoudt die voorwerpen voor zich zonder overigens tot vergoeding van hun waarde gehouden te zijn. Hiermede is een oplossing gegeven welke

zoveel mogelijk aansluit bij het bepaalde in artikel 658 BW, met dien verstande dat is afgeweken waar het de vergoeding van de waarde der voorwerpen betreft. Dit, omdat aangenomen mag worden dat deze prijsgegeven zijn, nu de tot verwijdering gerechtigde ze liet staan.

In het algemeen wijst de praktijk uit, dat weinig of geen moeilijkheden optreden. Waar het wegen betreft die niet openbaar zijn in de zin van de Wegenwet, maar die wel voor het openbaar verkeer openstaan, blijkt gehandeld te worden als bij openbare wegen. Het onderscheid tussen openbare weg en voor het openbaar verkeer openstaande weg doet zich voor het verkeersrecht niet zo stringent gelden.

#### *Par. 4 Andere beperkte zakelijke rechten van bijzonder gebruik van de openbare weg*

Dat er een bijzondere wijze van gebruik van de openbare weg mogelijk is, werd in hoofdstuk II reeds duidelijk. De grens ter bepaling van de vraag of bijzonder gebruik mogelijk is en de mate waarin, werd gelegd bij de functie die een bepaalde weg te vervullen heeft naast die van verkeersbaan te land. Zou het gewenste bijzonder gebruik de functie die de weg vervult teniet of ernstig tekort doen, dan kan dat gebruik niet toegestaan worden. Aangezien de zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van de weg, in de functie die deze vervult, er een is die niet aan de eigenaar maar aan de overheid-beheerder van de openbare weg is toevertrouwd, dient de aspirant-zakelijk gerechtigde er zich rekenschap van te geven dat het gewenste gebruik ook publiekrechtelijk aanvaard zal moeten zijn. Privaatrechtelijke afdoening alléén is onvoldoende om tot daadwerkelijke uitoefening van zijn recht te kunnen komen. Zelfs indien de eigendom van de openbare weg in handen is van dezelfde instantie als aan wie het beheer is opgedragen, wordt toch regelmatig vereist dat door de aspirant-gebruiker zowel de privaatrechtelijke als de publiekrechtelijke medewerking afzonderlijk verkregen wordt. Het ene wordt in ons recht niet geacht het andere zonder meer in te sluiten. Bij overheidslichamen van grote omvang zoals bij de Staat worden de aanvragen tot bijzonder gebruik door verschillende diensten behandeld, naargelang de publiekrechtelijke danwel de privaatrechtelijke grondslag. Ook voor de financiële aspecten kan dit onderscheid doorgetrokken worden, zodat de gebruiker soms te maken kan krijgen met een vergoeding op privaatrechtelijke basis alsook met een heffing op grond van het publiek recht. Bij overheidslichamen van minder grote omvang, met name bij kleine en minder grote gemeenten, wijst de praktijk uit dat de medewerking op privaat- en publiekrechtelijke basis alsook de op een van beide grondslagen gebaseerde verplichtingen zonder of nagenoeg zonder onderscheid tussen publiek- of privaatrecht gehanteerd worden. Soms blijft het privaatrechtelijk aspect geheel buiten beschouwing. Ook voor de gemeenten heeft het evenwel zin te onderscheiden tussen een handelen op grond van het publiek- en het privaatrecht, al ware het alleen uit een oogpunt van competentie, aangezien de Raad — behoudens delegatie aan B en W — het bevoegde orgaan is om te besluiten tot bezwaren of in gebruik geven van gemeente-eigendommen.<sup>13</sup> In de praktijk wordt aan dit laatste overigens weinig aandacht geschonken, als het over

de openbare weg gaat. Het college van B en W belast met de zorg voor de weg, blijkt het publiek- en privaatrechtelijk deel te behartigen, ook wanneer geen delegatie heeft plaatsgevonden.

Zakelijke rechten van bijzonder gebruik op de openbare weg heeft de wetgever niet gecreëerd. Wel wordt met name in provinciale wegenreglementen rekening gehouden met 'verkregen rechten', waarvan het plantrecht een veel voorkomend voorbeeld is.<sup>14</sup> Naar aanleiding van een procedure over het recht van beplanting en grasetting sprak de Hoge Raad zich in 1918<sup>15</sup> reeds duidelijk uit over de vestigingsmogelijkheid van zakelijke rechten op openbare wegen: 'dat immers de wet geenszins uitsluit, dat op openbare straten zakelijke rechten zijn gevestigd, doch zij alleen verbiedt, dat die rechten zijn van zoodanigen aard, dat zij de bestemming ten openbare nutte zouden doen telooftaan'.

### *Par. 5 Het servituut van uitweg naar de openbare weg*

Dat een burgerlijk recht van uitweg naar een openbare weg kan bestaan, heeft de wetgever expliciet erkend in de Verkeerswet tegen lintbebouwing. Deze van 31 mei 1937 daterende wet geeft regelen tot het in het verkeersbelang tegengaan van lintbebouwing langs wegen onder beheer van het Rijk of op het rijkswegenplan voorkomende. Het betreft hier normaliter openbare wegen in de zin van de Wegenwet. In artikel 8, lid 1 van de Verkeerswet tegen lintbebouwing wordt verboden zowel uit te wegen op zulk een weg alsook werken te hebben of te maken naar zo'n weg, die dienen tot uitweg op die weg. De Minister van Verkeer en Waterstaat kan van dit verbod ontheffing verlenen. 'Degene die aantoon, dat hij reeds vóór het in werking treden dezer wet een burgerlijk recht op uitweg tegenover het Rijk had, wordt geacht zulk een ontheffing te hebben', zegt de laatste zin van lid 3. Desniettemin kan de minister ten allen tijde, zo bepaalt lid 5, ontheffingen intrekken of nieuwe voorwaarden stellen. Indien daardoor de uitoefening van een tegenover het Rijk geldend burgerlijk recht op uitweg geheel of gedeeltelijk onmogelijk wordt gemaakt, hebben ingevolge het bepaalde in lid 1 van artikel 10 de eigenaren en andere zakelijk gerechtigden aanspraak op volledige schadeloosstelling. De gewone rechter is bevoegd kennis te nemen van rechtsvorderingen tot het verkrijgen van schadeloosstelling (artikel 10, lid 3 jº artikel 9 lid 6). De systematiek welke de wetgever in de Verkeerswet tegen lintbebouwing heeft gevolgd is deze: hij die een burgerlijk recht jegens het Rijk heeft tot uitweg op een rijksweg, wordt iure publico geacht een ontheffing te hebben. Blijkt het publieke belang zich niet te kunnen verdragen met dit burgerlijk recht, dan dient het burgerlijk recht te wijken waarbij de eigenaren en zakelijk gerechtigden aanspraak hebben op volledige schadeloosstelling. Deze methodiek lijkt me juist, voorzover het eigenaren en andere zakelijk gerechtigden betreft, maar onjuist jegens pachters en huurders, daar aan dezen geen recht op vergoeding wordt toegekend. Op dit punt had de wetgever zich kunnen conformeren aan de Ontheffingswet.

Uit de Memorie van Toelichting bij artikel 10 blijkt, dat de wetgever het recht op uitweg als zodanig intact heeft willen laten, daaraan toevoegende: 'Echter practisch verliest dit recht zijn waarde, aangezien uitoefening daarvan

ongecoorloofd wordt. De eigenaar of zakelijke gerechtigde moet daarom schadeloos worden gesteld als ware het recht ontnomen.' De vraag rijst of het niet beter ware geweest, nu volledige schadeloosstelling wordt toegekend, het servituut van uitweg te onteigenen danwel in artikel 19 te bepalen dat het hier onteigening betreft. Zou het Rijk een weg in beheer en eigendom overdragen aan een andere instantie, dan zou de servituutgerechtigde jegens deze instantie opnieuw aanspraken kunnen doen gelden. Dit zou ten gevolge hebben dat dit recht alsnog onteigend zou moeten worden. Ook ten aanzien van verjaring door non-usus geeft het niet kunnen uitoefenen van het servituut van uitweg ingevolge het ontbreken van de vereiste ontheffing problemen. Wil men het recht laten voortbestaan en niet tengevolge van non-usus teniet laten gaan,<sup>16</sup> dan zal men moeten aannemen, dat het ontbreken van de ontheffing schorsende werking heeft voor de verjaringstermijn. Overigens blijkt in het algemeen ook in de rechtspraak aanvaard te zijn een in ons rechtssysteem begrijpelijkerwijze ontwikkelde visie, dat een recht weliswaar kan bestaan, maar de uitoefening ervan min of meer beperkt of zelfs uitgesloten is tengevolge van de publieke bestemming.<sup>17</sup> De verjaringstermijn dient mijns inziens voor die tijd geschorst te worden.

Dat aan de servituutgerechtigde de hem toekomende rechten niet ontnomen kunnen worden door middel van een verordening van de lagere overheid – bijvoorbeeld bij provinciaal wegenreglement – wordt sinds lang algemeen aanvaard, zodat onteigening van het beperkt zakelijk recht dan de enige uitkomst kan bieden.

Sinds de inwerkingtreding van de Verkeerswet tegen lintbebouwing heeft hij die op een rijksweg wil uitwegen publiekrechtelijk 'toestemming' van de rijksoverheid nodig. In het voorgaande werd daarop reeds gewezen. Wel verdient één belangrijke uitzondering aandacht. Het verbod tot uitwegen enz. geldt niet ten aanzien van wegvakken die gelegen zijn binnen ten behoeve van deze wet vastgestelde bebouwde kommen. Deze in artikel 12 neergelegde regel doet recht wedervaren aan de functie die een binnen een bebouwde kom gelegen weg normaliter ook heeft t.w. het dienen tot ontsluiting van huizen en terreinen. Hiermede zijn we wederom terecht gekomen bij een herhaaldelijk in dit geschrift geïntroduceerd begrip: de functie van de openbare weg. De wetgever heeft zich in de Verkeerswet tegen lintbebouwing duidelijk rekenschap gegeven van het feit, dat de bijzondere functie die een weg vervult, bijzondere regelingen in iure vraagt. Geheel consequent is hij daarbij overigens niet geweest. Lid 3 van artikel 12 bepaalt namelijk, dat de vastgestelde bebouwde kom niet herzien behoeft te worden, wanneer nadien de bebouwing zich uitbreidt. Uit het hierna volgende zal blijken dat ik geneigd ben bij dit laatste vraagtekens te plaatsen. Uit deze bijzondere regeling mag overigens niet de conclusie getrokken worden, dat binnen de vastgestelde bebouwde kommen de eigenaren van aanliggende erven een *recht* van uitweg op de rijksweg zouden hebben. De wetgever heeft in de Verkeerswet tegen lintbebouwing niet meer gedaan dan erkend, dat naast de algemene functie van de weg – de verkeersfunctie – ook een bijzondere functie – de woonstraat – nadere regeling verdient. Met medewerking van de overheid zijn woonstraten gevormd en woonwijken ontstaan. Dit vraagt een bepaald levenspatroon, een bepaalde mate van doen en laten, waarmede de wetgever – ook al zou hij formeel anders kunnen – ten behoeve van behoorlijke

wetgeving rekening heeft te houden. Het zou te dwaas zijn, alsnog een formeel verbod in het leven te roepen om uit te wegen op een rijksweg, waar de situatie bestond dat vanuit de aanliggende huizen op die weg een uitweg sinds jaar en dag aanwezig was. In het publiek belang dient dit ontzien te worden. Maar niet méér dan dat. Met name eist het publiek belang niet, dat de aanliggenden een burgerlijk recht van uitweg zouden hebben of verkrijgen. De wet spreekt in artikel 8 duidelijk van het hebben van een burgerlijk recht van uitweg, dat dateert van vóór haar in werking treding. Een burgerlijk recht van uitweg gevestigd onder de werking van de Verkeerswet tegen lintbebouwing heeft niet tengevolge dat daardoor een ontheffing is verkregen. Onder de vigueur van de wet heeft het privaatrecht geen invloed meer op de publiekrechtelijke bevoegdheden. Dat is juist. Ons rechtssysteem gaat ervan uit, dat uitoefening van private rechten verkregen tijdens het bestaan van publiekrechtelijke regelen slechts binnen deze regels mogelijk is. Naast de privaatrechtelijke bevoegdheid zal ook de publiekrechtelijke medewerking verkregen moeten worden. Dat in beginsel niet louter volstaan kan worden met de publiekrechtelijke medewerking, maar ook de bevoegdheden op grond van het privaatrecht een rol kunnen spelen, kwam in hoofdstuk II voldoende tot uitdrukking.

Bepalingen inzake uitwegen gelijk aan of overeenstemmende met die in de Verkeerswet tegen lintbebouwing worden ook aangetroffen in het Rijkswegenreglement — dat overigens in artikel 20 bis een uitzondering maakt voor die wet — provinciale wegenreglementen en soms in gemeentelijke verordeningen.

Samenvattend kan gesteld worden:

1. het is mogelijk een servituut van uitweg op een openbare weg te hebben;
2. van het tijdstip waarop dit servituut gevestigd werd is de werking afhankelijk:
  - a. kwam het servituut tot stand tegenover het Rijk vóór de in werking treding van de Verkeerswet tegen lintbebouwing ten aanzien van een onder deze wet vallende weg, dan heeft dit burgerlijk recht ook publiekrechtelijke gevolgen;
  - b. kwam het servituut tot stand tegenover het Rijk onder de vigueur van de Verkeerswet tegen lintbebouwing ten aanzien van een onder deze wet vallende weg, dan is de uitoefening ervan beperkt binnen de publiekrechtelijke regels;
  - c. kwam het servituut tot stand betreffende een onder de bevoegdheid van de provincie (gemeente) vallende weg voordat dit overheidslichaam daaromtrent bij verordening regels had gesteld, dan diende dit verkregen recht te worden ontzien;
  - d. tijdens het bestaan van verordeningen welke regelen geven omtrent het uitwegen kan door de vestiging van een servituut van uitweg — hetgeen mogelijk blijft — niet voorbij gegaan worden aan de vigerende bepalingen in die verordeningen.

# aansprakelijkheid voor schade tengevolge van de toestand van de openbare weg

## *Par. 1 Inleiding*

De schade welke hier ter sprake komt betreft die welke het verkeer lijdt tengevolge van de toestand van de openbare weg. Uitdrukkelijk buiten beschouwing blijft dan ook schade tengevolge van het gedrag van weggebruikers, vanwege verkeerde aanwijzingen door verkeersregelaars, het niet juist functioneren van verkeerslichten en dergelijke meer. Gebreken in het wegdek of zich in het wegdek bevindende voorwerpen, gevaarlijke bermten, in het algemeen de wegtoestand, blijken regelmatig voor de normale weggebruiker de oorzaak te zijn van schade aan personen en aan goederen. In verband hiermede komt ook ter sprake het waarschuwen voor gebreken in de weg. Bij de bestudering van deze materie blijkt wederom hoezeer publiek- en privaatrecht elkaar treffen op de openbare weg. Bekend is immers uit het voorgaande, dat iedere openbare weg zijn beheerder heeft en dat deze normaliter een overheidslichaam is. Uit de studie van De Goede<sup>1</sup> is gebleken, dat bij waterstaatswerken de beheerder de naar buiten verantwoordelijke persoon is. Mij hebben de argumenten en het betoog van De Goede ervan overtuigd, dat waterstaatsrechtelijk gezien de beheerder de verantwoordelijke instantie is voor de kwaliteit van het waterstaatswerk. Hij heeft de ganse zorg voor het object en hij draagt daarvoor, ook jegens anderen, de verantwoordelijkheid. Het lijkt me een typisch waterstaatsrechtelijke aangelegenheid te bepalen wie binnen de waterstaat de uiteindelijke verantwoording draagt voor waterstaatswerken. De studie van De Goede beweegt zich op dit terrein en, zoals ik al zei, zijn conclusie heeft mij wat dat betreft overtuigd. Weerlegging daarvan heeft tot op heden niet plaats gevonden.

Een andere daarvan te onderscheiden vraag is wie op grond van artikel 1401 BW aangesproken kan worden voor door zijn doen of laten aan anderen veroorzaakte schade. Dit is een vraag die niet door het publiekrecht beantwoord dient te worden. Publiekrechtelijke verantwoordelijkheid brengt niet zonder meer civielrechtelijke aansprakelijkheid met zich mede. Als beginsel is civielrechtelijk aansprakelijk voor schade hij, aan wiens handelen die schade te wijten is. Daarnaast kunnen soms ook anderen dan de daders aangesproken worden. Een voorbeeld daarvan geeft de regeling van artikel 1403 BW. Voor het publiekrecht gelden soms eigen regels. Of en in hoeverre deze civielrechtelijk gehonoreerd worden danwel effect sorteren is niet zonder meer te zeggen. Noch in jurisprudentie noch in literatuur blijken vaste lijnen getrokken te zijn ter beantwoording van zich hier voordoende vragen. Bij het doorlezen van verschillende rechterlijke uitspraken kan men zich over het algemeen niet aan de indruk onttrekken, dat getracht wordt alle facetten in de beschouwing te betrekken – zoals meestal ook ten processe aangebracht – zonder na te gaan welk daarvan al dan niet meer of minder

of in het geheel niet relevant is. In het Gorsselse bommen-arrest van 1961 bijvoorbeeld spreekt de Hoge Raad over de zorg, die burgemeester en wethouders ingevolge artikel 209 onder h gemeentewet hebben voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van bepaalde wegen (beheer), terwijl de hele strijd ging om het bepaalde in artikel 713 BW. In het arrest Huizen van 19 januari 1962 worden de eigenaarsbevoegdheden van de Staat ook aangewend voor de behartiging van zijn beheersbelangen. In het arrest Hoogeloon van 2 februari 1966 zegt de Hoge Raad, dat het met de uit artikel 14 Wegenwet voortvloeiende plicht niet in strijd behoeft te zijn, dat de rechthebbende *en* onderhoudsplichtige gemeente als eigenares een geldsom bedingt voor het verlenen van recht van uitweg.

Ook de aansprakelijkheid voor het handelen van ambtsdragers in publiekrechtelijke rechtspersonen is weinig uitgediept. Het valt buiten dit geschrift hierop uitgebreid in te gaan. Volstaan wordt met het aanstippen van enige facetten. Het publiekrecht kent bevoegdheden toe aan ambten. Ambten worden vervuld door ambtsdragers, zij zijn de vertegenwoordigers daarvan.<sup>2</sup> Het burgerlijk recht heeft rechtspersoonlijkheid niet aan ambten of ambtsdragers toegedacht, maar aan openbare lichamen.<sup>3</sup> Vraag is nu of onrechtmatige daden van ambtsdragers de publiekrechtelijke rechtspersoon zonder meer worden toegerekend. Böhtlingk, die voortbouwde op de door Logemann gesignaleerde vraagpunten, gaat uit van een van de gangbare leer afwijkend standpunt inzake daderschap, hetgeen gevolgen heeft voor de begrippen vertegenwoordiging en persoonlijkheid.<sup>4</sup> Hij komt tot de conclusie, dat de ambtsdrager de ambtengroep – rechtspersoon – vertegenwoordigt bij burgerlijke rechtshandelingen mits deze handelde namens die groep danwel toetsing van de handeling aan de taak en bevoegdheidsomschrijving van de ambtsdrager tot de slotsom voert dat zij er binnen valt of redelijkerwijze geacht kan worden daarbinnen te vallen.<sup>5</sup> Bij onrechtmatige daden vertegenwoordigt de ambtsdrager naar zijn mening de publiekrechtelijke rechtspersoon indien de handeling van de ambtsdrager valt binnen de ‘formele kring van zijn bevoegdheid’, dat wil zeggen indien de handeling goede taakvervulling zou zijn geweest, als zij op de juiste wijze en onder de vereiste omstandigheden verricht was.<sup>6</sup> De rechtspersoon is volgens hem ex artikel 1401 BW aansprakelijk voor onrechtmatige daden begaan door wie ook, indien de betrokkene handelde ter vervulling van de hem door de rechtspersoon opgedragen taak.<sup>7</sup> Inzake de opstelling van de Hoge Raad moge ik de noot van Van der Grinten aanhalen onder het boekverkopersarrest<sup>8</sup>:

‘Niet de persoon van de gezagsdrager pleegt in rechte te worden aangesproken, doch de Staat, de provincie, de gemeente. Een vanzelfsprekendheid is dit niet. Veeleer moeten wij hierin zien een hoogst merkwaardige vermenging van publiekrecht en privaatrecht. De publiekrechtelijke bevoegdheden zijn in ons staatsrecht niet gegeven aan lichamen – aan rechtspersonen – doch aan ambtsdragers. In het publiekrecht staat het ambt centraal. Het is een koene sprong om datgene wat de ambtsdrager doet of nalaat civielrechtelijk te beschouwen als een doen en nalaten van een rechtspersoon.

De Hoge Raad heeft in een aantal arresten de civielrechtelijke vereenzelving van ambt met rechtspersoon aanvaard, zonder dit overigens nader te motiveren.’

Er ligt hier een studieterrein braak. Wat ons nu met name bezig houdt, betreft de beheerder. In hoofdstuk II werd reeds ingegaan op de vraag wie



beheerder is. Hier komt aan de orde of en zo ja, wanneer de beheerder civielrechtelijk aansprakelijk is, waarbij – daar zulks buiten dit bestek valt – niet ingegaan wordt op het specifieke gegeven van de beheerder-rechtspersoon en de vraag wiens handelen de rechtspersoon bindt. Conform de in de rechtspraktijk gangbare opvatting wordt aangenomen, dat de publiekrechtelijke rechtspersoon aansprakelijk is voor het handelen van zijn ambtsdragers. Wie binnen de publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen optreden voor het verrichten van beheersarbeid kwam in hoofdstuk II aan de orde.

De meest voorkomende situatie bij beheer en onderhoud van openbare wegen is die, waarbij beheer en onderhoud in één hand zijn. Artikel 15 Wegenwet bepaalt: 'Het Rijk, de provincie, de gemeente en het waterschap is verplicht een weg te onderhouden, wanneer dat openbare lichaam dien tot openbare weg heeft bestemd'.<sup>9</sup> Men mag aannemen dat het overheidslichaam hetwelk een weg tot openbare weg bestemd heeft ook de beheerder van die weg is.<sup>10</sup> Beheer en onderhoud van openbare wegen liggen bij het overheidslichaam, dat bestemd heeft. In dit geval spreekt het voor zichzelf dat – praktisch gezien – civielrechtelijk zich geen aansprakelijkheidsproblemen behoeven voor te doen omtrent de vraag of beheerder of onderhoudsplichtige. Vanuit een oogpunt van theorie dient nagegaan te worden wie civielrechtelijk aansprakelijk is, ook al is beheerder en onderhoudsplichtige één en dezelfde. De probleemstelling is evident: wanneer beheer en onderhoud van openbare wegen niet bij een en dezelfde persoon zijn. Ook die situatie doet zich voor.<sup>11</sup>

## *Par 2 De aansprakelijke persoon*

Wie is civielrechtelijk aansprakelijk voor schade ontstaan door de slechte toestand van een openbare weg, wanneer onderhoudsplichtige en beheerder niet dezelfde is? Kan naast of in plaats van de beheerder en/of onderhoudsplichtige ook de eigenaar voor deze schade aangesproken worden? In haar vonnis van 10 juni 1952<sup>12</sup> overweegt de Rechtbank te Assen onder meer

'dat het feit, dat een benadeelde zowel de onderhoudsplichtige als de gemeente, die artikel 16 (bedoeld is van de Wegenwet) niet naleefde, voor de schade kan aanspreken (en wel ieder voor het geheel) niet wegneemt, dat de gemeente niet de onderhoudsplicht had, zodat, gezien in de rechtsverhouding tussen gemeente en onderhoudsplichtige, niet de gemeente uiteindelijk de schade, veroorzaakt door het niet in goede staat van onderhoud verkeren van de weg, behoort te dragen, maar de onderhoudsplichtige zelf.'

In de hoofdzaak was de gemeente veroordeeld tot vergoeding van de door de gelaedeerde geleden schade. Beide instanties werden aangesproken, resp. gemeente en onderhoudsplichtige, de gemeente werd veroordeeld en deze wist in de vrijwaringszaak de kosten op de onderhoudsplichtige te verhalen. Als reactie op een artikel van De Goede in *Verkeersrecht* 1953 schrijft Rutten<sup>13</sup>

'Dat de beheerder – tevens – onderhoudsplichtige aansprakelijk kan worden gesteld, acht De Goede vanzelfsprekend. Dat de beheerder – niet-onderhoudsplichtige aansprakelijk kan worden gesteld wordt door hem uitdrukkelijk gesteld. Zijn betoog moet dan ook wel hierop zijn gegrond, dat de onderhoudsplichtige – niet-beheerder niet aansprakelijk kan worden gesteld, een stelling, welke met zoveel woorden is te vinden op de bladzijden 86 en

110 van zijn proefschrift. Doch vooralsnog lijkt deze stelling mij niet gefundeerd. Wanneer de onderhoudsplichtige – niet-beheerder (overheidslichaam of particulier) te kort schiet in zijn verplichtingen en nodeloos een abnormaal gevaar voor de weggebruiker in het leven roept of laat voortbestaan, dan handelt hij mijns inziens in strijd met de zorgvuldigheidsnorm en is hij aansprakelijk voor de nadelige gevolgen.’

Het komt mij voor, dat het past in ons civielrechtelijk systeem en aansluit bij de in het Burgerlijk Wetboek geregelde gevallen primair ex artikel 1401 BW aansprakelijk te achten hij, aan wiens eigen handelen de schade te wijten is. Blijkt de onderhoudsplichtige niet gedaan te hebben wat op zijn terrein lag te doen met als direct gevolg schade voor een ander, dan lijkt me de onderhoudsplichtige aansprakelijk. Of daarnaast ook de beheerder aansprakelijk geacht moet worden, is een vraag die aparte beantwoording behoeft. Draagt, civielrechtelijk gezien, de beheerder het risico van het doen en laten van de onderhoudsplichtige of wordt hij geacht schuld te hebben aan het gedrag van de onderhoudsplichtige of staat hij geheel buiten hetgeen de onderhoudsplichtige regardeert? Verschillende wijzen van benadering zijn hier mogelijk. De waterstaatsrechtelijke positie van de beheerder houdt in, dat deze de volledige zorg draagt voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van de weg. Een van de belangrijkste middelen om dit te bewerkstelligen is het onderhouden van die weg. Hij kan dit zelf doen, hij kan het ‘laten’ doen. Hoe ook, hij heeft de zorg dat het gebeurt: ‘de zorg voor het onderhouden’. Geschieden de feitelijke onderhoudswerkzaamheden door een ander, dan blijft die zorg voortduren. De beheerder zal erop hebben toe te zien, dat die nodige werkzaamheden volledig en tijdig worden verricht. Daarnaast zijn er nog andere activiteiten die geen onderhoud betreffen, waarvoor hij bovendien heeft te zorgen. Van belang is het antwoord te weten op de vraag hoe civielrechtelijk de positie van de beheerder gezien moet worden, indien de onderhoudswerkzaamheden niet door hemzelf verricht worden. Hoe dient nu – rechtspraak en civielrechtelijke literatuur gaan aan deze vraag voorbij – met de positie die de beheerder publiekrechtelijk inneemt iure privato rekening te worden gehouden? Geredeneerd zou kunnen worden, dat de beheerder primair een publiekrechtelijk beheerste gemeenschapszorg behartigt<sup>14</sup> en het oordeel over de wijze waarop hij zulks doet in beginsel buiten de bevoegdheid van de burgerlijke rechter ligt. De beheerder kan naar eigen inzicht bepalen hoe hij zijn zorg – welk een geheel andere is dan het onderhouden als zodanig – ten uitvoer legt. Niet duidelijk is hoe in deze gedachtengang aansprakelijkheid van de beheerder ex artikel 1401 BW geconstrueerd zou moeten worden voor schade welke een gevolg is van een onrechtmatige daad van de onderhoudsplichtige. Deze visie wijkt geheel af van die van De Goede, die de uitsluitende verantwoordelijkheid naar buiten van de beheerder ook in het civiele recht van toepassing wil doen zijn: ‘De onderhoudsplichtige is tegenover de beheerder, de beheerder tegenover derden aansprakelijk voor nalatigheid.’<sup>15</sup> Een actie, evenwel, met als voorwerp van het geschil het ‘recht’ van beheer als zodanig heeft – daarop zou men kunnen wijzen – bij de burgerlijke rechter waarschijnlijk geen kans op slagen.<sup>16</sup> In dit verband zij erop gewezen, dat de Staat aan zijn eis tot zuivering van het rioolwater door de gemeente Huizen zijn eigendomsrecht, en niet zijn ganse zorg voor het waterstaatswerk, ten grondslag had gelegd. De Hoge Raad overwoog dan ook:

'dat, ook indien zou moeten worden aangenomen dat tot de publieke bestemming van het IJsselmeer (.....) mede het opnemen van rioolwater zou behoren, niettemin de Staat bij zijn zorg over dat meer zou hebben te bepalen hoe ver deze bijzondere bestemming in verband met de andere belangen welke bij het IJsselmeer zijn betrokken, behoort te gaan (.....), terwijl de Staat ter verwezenlijking van hetgeen hij te dien aanzien nodig acht, daarbij gebruik kan maken van alle bevoegdheden welke hem als eigenaar van het IJsselmeer toekomen.'<sup>17</sup>

Dit arrest kan als aanleiding dienen tot het ontwikkelen van een andere gedachtengang. Beheer als eigen activiteit waarbij de beheerder naar eigen inzicht kan handelen wordt erkend, maar ter behartiging van dat beheersbelang kan de beheerder als hij eigenaar is van de aan deze laatste eigenschap te ontlelen bevoegdheden gebruik maken. Eén stap verder gaande zou gesteld kunnen worden, dat de publiekrechtelijke zorg die beheer heet een zorg is welke, ware het begrip beheer niet ontwikkeld, op de eigenaar van het publiek domein rust. De eigenaar had dan moeten zorgen dat zijn goed aan de publieke bestemming zou beantwoorden. Aan de overheid wordt de eigendom toegekend ingevolge diverse artikelen<sup>18</sup> van sommige zaken of zij kan zaken verwerven door middel van onteigening om het gemeenschapsbelang te dienen. Dit zou kunnen inhouden de zorg voor instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van de ten publieke nutte verworven wegen. De publieke plicht, zo zou gesteld kunnen worden, rust op de eigenaar van het ten behoeve van de gemeenschap strekkende goed, om te zorgen dat het aan zijn bestemming blijft voldoen, zolang geen ander met de zorg belast is. Het moge zo zijn, dat waterstaatsrechtelijk een aparte instantie gecreëerd is — de beheerder — daarnaast zijn er ten publieke dienste bestemde zaken die geen beheerder hebben en waarvoor de zorg rust op de eigenaar, bijvoorbeeld ten aanzien van militaire terreinen en gebouwen, bij algemene begraaftplaatsen, bij overheidsgebouwen welke in eigendom zijn bij een overheidslichaam als departementsgebouwen, provincie- en gemeentehuizen. Civielrechtelijk zou in deze gedachtengang waterstaatsrechtelijk beheer gezien moeten worden als een taak (bevoegdheid) welke anders een deeltaak (bevoegdheid) zou zijn van de eigenaar van een publiek domein. Deze rechtsfictie zou privaatrechtelijk een duidelijke gestalte geven aan de waterstaatsrechtelijke beheerder. Dat beheer en eigendom in essentie niets met elkaar te maken hebben, zoals De Goede bij herhaling stelt,<sup>19</sup> blijkt in bovenstaande redenering ernstig gedomenteerd te worden. De kluwen lijkt onontwarbaar. De Goede besluit zijn hoofdstuk over beheer en onrechtmatige daad in zijn dissertatie aldus:

'Het onderzoek was summier; te summier misschien om zeer positieve conclusies te rechtvaardigen. Ik trek slechts deze slotsom, in gevallen, waarin de rechter te oordelen kreeg over een onrechtmatige daad, gepleegd door of jegens een beheerder van een waterstaatswerk, werd de beoordeling der onrechtmatigheid meermalen doorkruist door vragen van beheersrechtelijke aard, soms te zeer beziggehouden door de moeilijkheden van de onrechtmatigheid op zichzelf, ontgaf men zich het feit dier doorkruising of beantwoordde men de vragen met te weinig aandacht en daardoor onjuist. Met uitspraken, eens te meer zwaar om te verstaan, tot gevolg.'<sup>20</sup>

Wil men op deze problematiek een scherper beeld krijgen, dan is het naar mijn mening gewenst de verhouding tussen beheerder en onderhoudsplichtige nader te bezien. In het wegenrecht neemt de onderhoudsplicht en daarmee de onderhoudsplichtige een geheel eigenstandige positie in:

'Samenvattend wat Schepel en Donner schrijven, kan de onderhoudsplicht genoemd worden een publiekrechtelijke verplichting om de moeite en kosten op te brengen om de weg in met zijn bestemming overeenkomende staat te behouden', stelt Damen.<sup>21</sup> 'Is onderhoud geen essentiale van het beheer, bijzonder essentieel is het onderhoud voor de goede staat van het waterstaatswerk', vermeldt De Goede<sup>22</sup> en hij vervolgt: 'Aangezien het, daarom en daarenvens, concreter voorstellingen oproept dan het beheer, vond het in wet en reglement een gunstiger onthaal dan het laatste. Vaagheid is veelal verre, de grond der onderhoudsverplichting wordt vrijwel steeds aangegeven en de nakoming ervan kan door politiedwang worden verzekerd'. Damen bevestigt dit<sup>23</sup> 'Aan de hand van de huidige wettelijke bepalingen zal men er veelal in slagen een onderhoudsplichtige aan te wijzen. Toch zijn er nog wegen overgebleven, waarvan de onderhoudsplicht niet uit een wets- of reglementsbepaling is af te leiden'. Hij voegt daar even verder<sup>24</sup> aan toe 'Men moet het aandurven te erkennen dat in sommige gevallen geen onderhoudsplichtige is aan te wijzen, en dit hever dan iemand zonder rechtsgrond met de onderhoudsplicht te belasten, zulks uit kracht van artikel 50 van de Wegenwet dat aan de vermelding van die plicht in de nieuwe legger volledige bewijskracht toekent.'

Ter aanduiding van het feit, dat de Wegenwet uitvoerig aandacht heeft besteed aan het onderhouden van de weg zij verwezen naar hoofdstuk IV 'Het onderhoud', omvattende de artikelen 15 tot en met 26. De legger dient zowel de onderhoudsplichtige te vermelden als de omvang van het onderhoud alsook degenen, die tot het onderhoud hebben bij te dragen (artikel 30, lid 1, sub VII, VIII en IX). Onderhoud kan een vermoeden van eigendom tengevolge hebben (artikel 13)<sup>25</sup>. Neemt de onderhoudsplichtige een geheel eigenstandige positie in naast de beheerder, ook vindt de onderhoudsplicht niet zijn oorsprong in, is niet afgeleid uit beheer. Omgekeerd kan wel beheer soms tot onderhoud leiden. 'Toch zal de beheerder, bijvoorbeeld de gemeente ingevolge artikel 16 van de Wegenwet, verplicht zijn tot onderhoud van de weg over te gaan', stelt Damen<sup>26</sup>, 'noodgedwongen als er geen onderhoudsplichtige is'. Beheer en onderhoud staan naast elkaar, beheerder en onderhoudsplichtige evenzeer. De onderhoudsplichtige handelt niet namens noch in opdracht van de beheerder; hij wordt ook niet door de beheerder aangesteld of gekozen. Het beheerder-zijn als zodanig schept geen gezagsverhouding jegens de onderhoudsplichtige als zodanig. Eerst wanneer de onderhoudsplichtige in gebreke blijft is de beheerder tot optreden jegens hem bevoegd. Waartoe dit optreden kan leiden, hangt af van de omstandigheden. Over het algemeen mag aangenomen worden dat het overheidslichaam dat beheerder is politiedwang kan toepassen jegens de onderhoudsplichtige, aangezien de grond van de onderhoudsplicht – zoals ook uit boven aangehaalde uitspraken en wettelijke bepalingen blijkt – bijna steeds voldoende is vastgelegd.<sup>27</sup> Een civielrechtelijke waardering van deze gegevens leidt er naar mijn mening toe primair de onderhoudsplichtige aansprakelijk te achten voor schade welke veroorzaakt is tengevolge van de slechte toestand van de weg. Dat de onderhoudsplichtige zowel een particulier als een overheidslichaam kan zijn, is bekend. Slechts bij uitzondering acht ik de beheerder als zodanig hiervoor aansprakelijk, namelijk indien en voorzover de onderhoudsplichtige *en* de beheerder had moeten zorgen, dat de nodige maatregelen genomen werden. Een afgeleide, voorwaardelijke aansprakelijkheid derhalve van de beheerder iure privato. Naast deze afgeleide aansprakelijkheid is de beheerder naar mijn mening aansprakelijk voor schade welke een gevolg is van uitsluitend hem toe te rekenen handelen of nalaten. Hieromtrent zullen nog enige kanttekeningen gemaakt worden.

Naast de beheerder en de onderhoudsplichtige staat de eigenaar van de weg. Kan ook deze aangesproken worden voor schade ontstaan ten gevolge van de toestand van de openbare weg? Zoals uit het voorgaande is gebleken heeft de eigenaar niets van doen met de kwaliteit van de weg. De onderhoudsplichtige dient hem te onderhouden, de beheerder draagt de ganse zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid. De eigenaar staat 'buiten spel', hij heeft de weg 'overgelaten' aan andermans zorg. Hij zou alleen dan aangesproken kunnen worden, wanneer de wet hem op grond van zijn eigendom aansprakelijk zou stellen. De wetgever heeft een bijzondere aansprakelijkheid van de eigenaar geregeld voor schade ontstaan door instorting van gebouwen (artikel 1405 BW). De eerste vraag welke beantwoording behoeft is of onder het begrip gebouw in artikel 1405 BW ook een weg begrepen dient te worden. Mocht dit het geval zijn, dan volgt de vraag of bij openbare wegen ondanks de aanwezigheid van een onderhoudsplichtige en beheerder óók danwel uitsluitend de eigenaar van de openbare weg voor de hier besproken schade aangesproken kan worden. In rechtspraak en literatuur wordt aangenomen, dat 'gebouw' in artikel 1405 BW ruim geïnterpreteerd dient te worden.<sup>28</sup> Volgens Rutten kan onder gebouw verstaan worden een kunstmatig door bouwing gevormd en met de grond verbonden werk.<sup>29</sup> Alhoewel deze omschrijving ook voor vele soorten verharde wegen zou kunnen opgaan, valt een verharde weg naar gangbare opvatting niet hieronder, wel een brug en een tunnel.<sup>30</sup> In hoofdstuk I werd erop gewezen, dat bruggen, tunnels, viaducten en wegen op een verhoogd niveau als wegen in de zin van de Wegenwet aangemerkt kunnen worden, terwijl deze wet in artikel 1 bruggen 'mede onder wegen' rekent. Deze constatering leidt tot de tweede vraag of óók danwel uitsluitend de eigenaar van dit soort wegen aansprakelijk is voor schade welke tengevolge van instorting daarvan veroorzaakt is. De Rechtbank te Amsterdam overwoog in haar vonnis van 27 maart 1956<sup>31</sup> naar aanleiding van gedaagdes verweer, dat de brug 'niet voor eigen genoegen of voordeel wordt gebruikt, doch ten behoeve van derden wordt in stand gehouden, waarbij hij, die van de brug gebruik maakt, het risico aanvaardt dat aan elk technisch maakwerk onvermijdelijk is verbonden':

'Het is voorts onverschillig of het gebouw dient ten algemenen nutte of niet. Deze onderscheiding kent ons artikel niet.'

Het Hof te Amsterdam gaf als zijn mening onder meer te kennen bij zijn arrest van 21 juni 1956:<sup>32</sup>

'dat eigendom is een zuiver privaatrechtelijke verhouding tussen subject en object, onverschillig of het subject is een privaatrechtelijk of een publiekrechtelijk persoon en of de gebruiksbestemming een privaatrechtelijk dan wel een publiekrechtelijk karakter heeft;

dat reeds om die reden, wanneer de wet geen onderscheid maakt — en dat doet artikel 1405 BW inderdaad niet — de rechtsgevolgen van de eigendom voor beide soorten personen dezelfde behoren te zijn, tenzij zeer bijzondere omstandigheden, in de aard en strekking ener wetsbepaling gelegen, tot een andere gevolgtrekking zou nopen;

dat zodanige omstandigheden ten aanzien van artikel 1405 BW niet aanwezig zijn.'

Tot heden zijn verder geen rechterlijke uitspraken gedaan omtrent de onderhavige vraag, aan welke in de literatuur in het geheel geen beschouwingen gewijd zijn. Het ligt voor de hand in te stemmen met de in de jurisprudentie

ontwikkelde gedachtengang. Artikel 1405 BW onderscheidt immers niet tussen verschillende soorten 'gebouwen'. Toch bevredigt dit niet. Zoals uit het voorgaande bleek, heeft de eigenaar over zijn openbare weg voorzover deze dient ten behoeve van het normale gebruik geen zeggenschap. Zolang de weg openbaar is zijn de beheerder en onderhoudsplichtige degenen die tot taak hebben voor hem te zorgen en hem te onderhouden, buiten de eigenaar om. Ook het tenietdoen van de openbaarheid is niet een eigenaars bevoegdheid. Is normaliter een eigenaar in staat zijn gebouw te (laten) inspecteren en voor de goede staat daarvan te zorgen, bij de openbare weg vermag hij zulks niet. Hij heeft zelfs niet het recht zich daarmee in te laten of informatie daaromtrent te eisen. Voor dreigend gevaar kan hij niet waarschuwen noch maatregelen treffen. Desniettemin is hij ex artikel 1405 BW aansprakelijk. Men zou erop kunnen wijzen, dat hij degene kan aanspreken, aan wiens schuld de schade te wijten is. Maar dit verhaalsrecht gaat minder ver dan de aansprakelijkheid van de eigenaar. De meningen over de grondslag hiervan zijn verdeeld, maar vaststaat dat de eigenaar ook voor buiten zijn schuld ontstane schade aansprakelijk is. In dit verband kan gewezen worden op een overweging van de Hoge Raad in zijn arrest van 13 juni 1975: <sup>33</sup>

'dat voor de beantwoording van de vraag hoever de aansprakelijkheid van de eigenaar gaat voor de gevolgen van de gehele of gedeeltelijke instorting van een gebouw ingevolge artikel 1405, enerzijds moet worden bedacht dat de tekst van het artikel geen beperking tot bepaalde gevolgen inhoudt en dat ook de strekking van het artikel eerder voor een ruime dan voor een enge opvatting aangaande de omvang van de aansprakelijkheid pleit;

dat die aansprakelijkheid immers geacht moet worden zijn grond te vinden in de omstandigheid dat, indien door verzuim van onderhoud of door een gebrek in de bouw of inrichting van een gebouw een instorting ontstaat waardoor schade aan derden wordt toegebracht, het veelal voor die derden moeilijk zo niet ondoenlijk zal zijn om degene op te sporen die voor het verzuim of het gebrek de schuld draagt;

dat het artikel derhalve tot doel heeft om te voorkomen dat de benadeelden als gevolg van bedoelde moeilijkheid van schadevergoeding verstoken zouden blijven, en daarom de eigenaar aanwijst als degene tegen wie de benadeelden in ieder geval hun desbetreffende vorderingen kunnen richten.'

Zou men de eigenaar verhaalsrecht wensen te geven, ook voor het geval dat er van schuld geen sprake is, dan zou een wettelijke regeling daartoe de mogelijkheid dienen te bieden. Dit is niet het geval. De motivering welke de Hoge Raad geeft in de geciteerde uitspraak behoeft er overigens voor de openbare weg niet zonder meer toe te leiden, dat de eigenaar aansprakelijk is. De keuze zou evenzeer of wellicht nog eerder op de beheerder of onderhoudsplichtige kunnen vallen. Artikel 1405 BW houdt daar geen rekening mee. Het Ontwerp Nieuw BW — waarover in paragraaf 4 meer — geeft in artikel 6.3.2.7 lid 2 een meer bevredigende regeling. Dit artikel betreft evenwel niet slechts die wegen welke als 'gebouwen' in de zin van artikel 1405 BW worden beschouwd, maar geldt voor alle verharde wegen. Voor het huidige recht zal men inzake aansprakelijkheid moeten onderscheiden tussen wegen welke niet en welke wel als 'gebouwen' aangemerkt worden. Een constructie waarbij de bepalingen over het onderhoud in de Wegenwet aangemerkt zouden worden als derogerend aan het bepaalde in artikel 1405 BW lijkt mij onaanvaardbaar. De Wegenwet geeft op dit onderdeel een regeling over waterstaatsrechtelijke verantwoordelijkheden en niet betreffende de civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Naast de vraag wie aansprakelijk is voor schade, staat die naar de grondslag der aansprakelijkheid. Het leek me juist eerst nader in te gaan op de persoon die aansprakelijk gesteld kan worden alvorens deze tweede vraag aan de orde te stellen, omdat een oordeel over onrechtmatigheid mede beïnvloed wordt door de persoon van de dader. Is deze een overheidslichaam, dan komen er bijzondere vraagstukken aan de orde. Afgezien van de vraag of deze benaderingswijze juist is danwel de behandeling van deze materie op een andere manier zou dienen te geschieden,<sup>34</sup> ben ik van dit gegeven uitgegaan. Nu wat meer klaarheid is gebracht over de persoon van de dader, kan dit hopelijk ook bijdragen tot een beter inzicht in de grondslag van de aansprakelijkheid, indien iemand tengevolge van een gebrek in de openbare weg schade lijdt. Afgezien van de gevallen waarin de eigenaar van een openbare weg aansprakelijk is ex artikel 1405 BW, waarvoor de grondslag hier verder niet ter sprake behoeft te komen, kan ingevolge de hierboven ontwikkelde visie geconcludeerd worden, dat primair de onderhoudsplichtige ex artikel 1401 BW aansprakelijk is voor schade tengevolge van een gebrek in de openbare weg. De grondslag van de aansprakelijkheid van de onderhoudsplichtige zal nagegaan worden door toetsing aan elk van de rubrieken van onrechtmatige daad, welke sinds het arrest van de Hoge Raad van 31 januari 1919<sup>35</sup> onderscheiden worden, te weten inbreuk op eens anders recht, strijd met des daders rechtsplicht en strijd met de goede zeden of de zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van een anders persoon of goed.

Met *inbreuk op eens anders recht* wordt, naar algemeen aanvaard is, bedoeld inbreuk op eens anders subjectief recht. In hoofdstuk II werd nagegaan of de verkeersdeelnemers een subjectief recht van gebruik op de openbare weg hebben. De slotsom was, dat dit niet het geval is. Aangezien er geen subjectief recht van gebruik is, kan daarop ook geen inbreuk gemaakt worden. Van aansprakelijkheid van de onderhoudsplichtige van de openbare weg jegens de weggebruikers op deze grondslag kan derhalve geen sprake zijn. Mocht iemand een zakelijk recht van normaal gebruik hebben, dan zal inbreuk op dit recht door de onderhoudsplichtige toch niet kunnen plaatsvinden, aangezien dit zakelijk recht beperkt is door de bestemming tot openbare weg. Dit recht kan niet exclusief uitgeoefend worden tijdens het voortduren van de openbaarheid van weg; men zou kunnen zeggen dat het recht niet werkt, zich niet doet gelden louter en alleen voor de gerechtigde. Het heeft geen zin inbreuk op een recht dat buiten werking is te aanvaarden.

De tweede categorie waarin de grondslag voor de aansprakelijkheid gezocht moet worden is *strijd met des daders rechtsplicht*. Onder rechtsplicht wordt verstaan wettelijke plicht, welke terminologie dan ook gebruikt wordt in artikel 6.3.1.1 lid 2 Ontwerp Nieuw BW. Zijn er wettelijke bepalingen die verplichten tot onderhoud van de openbare weg, zodat een handelen of nalaten in strijd daarmee de dader aansprakelijk maakt ex artikel 1401 BW jegens hem die dientengevolge schade geleden heeft? Hoofdstuk IV van de Wegenwet is geheel gewijd aan het onderhoud van openbare wegen. Daarin formuleren diverse artikelen plichten tot onderhoud, met name van overheidslichamen. Ingevolge het door verschillende schrijvers gemaakte onder-

scheid, kan de vraag gesteld worden of deze wettelijke plichten als instructie- danwel als waarborgnormen aangemerkt zouden moeten worden.<sup>36</sup> Het is hier niet de geëigende plaats om een onderzoek in te stellen naar de houdbaarheid van deze onderscheiding. Duidelijk moge zijn, dat dit wetenschapsproduct met de bedoeling de materie van de onrechtmatige overheidsdaad inzichtelijk te maken en systematisch in te delen de wetgever bij zijn arbeid inzake het tot stand brengen van staats- en administratiefrechtelijke wetten niet tot uitgangspunt heeft gediend. Daarnaast rijst de vraag of het onderscheid tussen waarborg — en instructienormen nodig is naast de relativiteitsleer welke momenteel door de meeste schrijvers aanvaard wordt en ook is vastgelegd in het Ontwerp Nieuw BW: artikel 6.3.1.2. De Hoge Raad heeft voor het eerst toepassing gegeven aan deze theorie in het arrest van 25 mei 1928<sup>37</sup>, Graaf de Marchant et d'Ansembourg tegen de Staat der Nederlanden, inzake de naleving van artikel 12 Onteigeningswet. Meijers schrijft in zijn noot onder dit arrest onder meer<sup>38</sup>:

'In mijn artikel "de onrechtmatige overheidsdaad" WvPNR 2884, schreef ik naar aanleiding van het arrest van 20 november 1924, NJ 1925, blz. 89: "Er zijn nog andere midde-len denkbaar, waardoor de uitspraak: Ook het publiek onrecht wordt door artikel 1401 BW beheerscht, ingeperkt zal worden. Zo is denkbaar, dat men de vroeger veel besproken onderscheiding der publiekrechtelijke voorschriften in waarborgnormen en instructienormen wederom op het tapijt brengt en het publiek geen actie toekent op grond, dat een instructienorm is overtreden."

Inderdaad is deze nieuwe beperking der aansprakelijkheid van den Staat uit artikel 1401 BW de belangrijkste consequentie van het thans gewezen arrest.'

Waar thans algemeen aangenomen wordt dat de Hoge Raad in dit arrest de relativiteitsleer toepaste, spreekt Meijers met geen woord daarover, maar meent in casu te maken te hebben met de toepassing van een instructienorm. Tenslotte kan erop gewezen worden, dat de onderscheiding tussen instructie- en waarborgnormen weinig verhelderend is.<sup>39</sup> Met betrekking tot de openbare weg kan zowel een particulier als een overheidsinstantie onderhoudsplichtige zijn. Gesteld, dat er in de Wegenwet waarborgnormen gegeven zouden zijn in bepalingen welke uitsluitend over overheidslichamen handelen — bijvoorbeeld in de artikelen 15, 16 en 17 —, dan zouden deze lichamen bij schending van de desbetreffende normen voor de door de gelaedeerde diens-tengevolge geleden schade aansprakelijk zijn, waar zulks niet voor de particuliere onderhoudsplichtige zou opgaan. Een redelijke verklaring voor dit verschil is niet te geven. De wetgever heeft er ook niet van doen blijken een dergelijk verschil gewild te hebben.

Na deze algemene, summiere opmerkingen omtrent het onderscheid tussen instructie- en waarborgnormen is het zaak de daarvoor in aanmerking komende bepalingen in de Wegenwet nader te bezien. Artikel 15 bepaalt, dat het Rijk, de provincie, de gemeente en het waterschap verplicht is een weg te onderhouden, indien dat openbare lichaam die weg tot openbare weg heeft bestemd. Hieruit valt niet méér af te leiden dan het in een uitdrukkelijk wetsvoorschrift vastleggen, zoals de Memorie van Toelichting vermeldt<sup>40</sup>, van de plicht tot onderhoud voor alle publiekrechtelijke lichamen, dus ook voor Rijk en provincie. Heeft hij die schade lijdt tengevolge van een doen of nalaten in strijd met deze plicht recht op schadevergoeding van het lichaam



dat op grond van dit artikel tot onderhoud verplicht is? Naar mijn mening niet, omdat deze bepaling niet strekt tot bescherming van die schade Artikel 16 Wegenwet geeft De Goede heeft dat uitvoerig uiteengezet<sup>41</sup> – een regeling van beheer, zij het een beperkt beheersbegrip Artikel 16 draagt de gemeente op te zorgen dat de binnen haar gebied liggende wegen, met uitzondering van enkele daar genoemde, in goede staat verkeren Met de zorg voor het verkeren in goede staat, in de uitwerking waarvan artikel 18 bepaalt wanneer de gemeente geacht wordt daaraan voldaan te hebben, is niet de gehele beheersinhoud weergegeven Ook dit artikel, dat is duidelijk, formuleert een plicht De Goede haalt in 1954 in *Verkeersrecht*<sup>42</sup> de volgende passage uit het Zuiderhavenarrest<sup>43</sup> aan 'dat toch een publiekrechtelijk voorschrift slechts dan aan de Overheid rechtstreeks tegenover de ter zake belanghebbenden een plicht oplegt, waarvan schending dan tegenover hen een onrechtmatige daad in den zin van artikel 1401 BW oplevert, indien het voorschrift voor die belanghebbenden een aanspraak op zekere gedraging van de Overheid wil vestigen' en laat daarop even verder deze retorische vraag volgen 'indien de meergenoemde artikelen 16 en 17 (bedoeld zijn van de Wegenwet) aan de belanghebbenden geen aanspraak geven, hoe zouden de publiekrechtelijke voorschriften dan wel geredigeerd moeten zijn om zo'n aanspraak te vestigen?' Rutten<sup>44</sup> had in 1953 al geschreven 'Met dezelfde stelligheid, waarmede De Goede artikel 16 der Wegenwet een waarborgnorm noemt ( ), kan men ook met een beroep op het Zuiderhaven-arrest het tegendeel staande houden' Na de geciteerde retorische tegenvraag van De Goede is de pen over dit punt niet meer ter hand genomen Naar mijn indruk had Rutten<sup>45</sup> op die vraag al geantwoord voordat zij gesteld werd, toen hij schreef

'Persoonlijk ben ik van mening, dat het maken van een onderscheiding tussen waarborgnormen en instructienormen m b t deze matene verwarring wekt

M 1 wordt de aansprakelijkheid van de Overheid op twee verschillende wijzen beperkt en wel 1) door de Schutznormleer, welke voor de Overheid op gelijke wijze geldt als voor particuliere personen en 2) door de opvatting, dat handelingen, voorzover deze tot de beleidsautonomie van de Overheid behoren, aan de toetsing van de burgerlijke rechter zijn onttrokken

Volgens *elk* van deze beide criteria kan m 1 bij verkeersongevallen het niet behoorlijk nakomen door een gemeente van de haar *door artikel 16 WW* opgelegde verplichting geen grond vormen voor een actie ex artikel 1401 BW

Volgens de eerste beperking niet, omdat dit artikel weliswaar het belang van de burgers om bruikbare wegen te hebben beschermt, maar niet het *belang om gevrijwaard te zijn* tegen gevaren

Volgens de tweede beperking niet, omdat de wijze waarop zij de *door de Wegenwet* haar opgelegde taak zal vervullen, aan de vrije beoordeling van de Overheid is overgelaten'

Waarom geen 'communis opinio'? De Goede's studie beweegt zich geheel op publiekrechtelijk terrein, maar hij trekt conclusies voor het privaatrecht Zijn gedachtengang wordt in een vicieuze cirkel gevangen De beheerder is verantwoordelijk, ook naar buiten, schrijft hij, om dan te laten weten dat hij dus civielrechtelijk aansprakelijk is Reeds eerder schreef ik, dat publiekrechtelijke verantwoordelijkheid niet zonder meer civielrechtelijke aansprakelijkheid met zich meebrengt Stelt De Goede dat de beheerder civielrechtelijk aansprakelijk is, ook al is de onderhoudsplichtige de dader, dan zal zulks uit

de wet moeten blijken, aangezien normaliter de dader aansprakelijk is. Door nu in artikel 16 Wegenwet een waarborgnorm te lezen, wordt tevens bepaald wie aansprakelijk is namelijk degene voor wie die norm geschreven is. Omdat artikel 16 WW een beheersbegrip hanteert, is die norm voor de beheerder geschreven. Daarmede is dan de wettelijke bepaling gegeven, welke de beheerder aansprakelijk stelt.

Hoofdstuk IV van de Wegenwet beweegt zich niet op civielrechtelijk terrein. De wetgever zorgde ervoor dat alle openbare wegen onderhouden werden. Daarom werd in artikel 15 WW bepaald, dat elk publiekrechtelijk lichaam de plicht had die weg te onderhouden, welke het tot openbare weg bestemd had. Daarmede waren nog niet alle openbare wegen van onderhoud verzekerd. Vandaar uitbreiding naar hoeveelheid wegen en naar inhoud van de taak in de artikelen 16 en 17 Wegenwet. Wat de hoeveelheid betreft in deze zin, dat aangegeven werd wie te zorgen had voor het onderhoud van die overige openbare wegen. Naar de inhoud daarenboven, omdat het onderhoud niet door dat publiekrechtelijk lichaam zelf behoefde te geschieden, maar ook kan geschieden door toe te zien of een ander zijn verplichting tot het onderhouden was nagekomen. De artikelen 15, 16 en 17 Wegenwet liggen in elkaars verlengde. Indien er al waarborgnormen gezien zouden kunnen worden in de artikelen 16 en 17, dan ook in artikel 15. Van dit artikel spreekt De Goede niet. Dit zou in zijn verhaal over waarborgnorm en beheerder niet passen. Artikel 15 WW spreekt louter van 'verplicht te onderhouden' en dat is geen beheersarbeid. Het zou in strijd zijn met de uitsluitende civielrechtelijke aansprakelijkheid van de beheerder zoals De Goede deze ziet, indien een waarborgnorm jegens de onderhoudsplichtige geformuleerd was. Hiermede meen ik voldoende aangetoond te hebben, dat de opvatting van De Goede geen stand kan houden op het onderdeel 'strijd met des daders rechtsplicht'.

Vervolgens rijst de vraag naar de kracht van de legger, waarin de onderhoudsplichtige vermeld dient te worden. De Wegenwet zelf geeft daarvoor een voldoende antwoord in artikel 50: 'Hij die door den legger wordt aangewezen als onderhoudsplichtige van een weg of van een duiker of als verplichte om tot het onderhoud eene geldsom bij te dragen, is onderhoudsplichtig of verplicht om tot het onderhoud bij te dragen in voege als bij den legger is bepaald, voor zover hij niet bewijst, dat na de vaststelling van den legger of na de wijziging, waarbij de aanwijzing als onderhoudsplichtige of als verplichte om tot het onderhoud bij te dragen heeft plaats gehad, de verplichting om te onderhouden of om tot het onderhoud bij te dragen is te niet gegaan of gewijzigd.' 'In het bestuursrecht, het civiele recht en het strafrecht levert de ingevolge de Wegenwet vastgestelde legger ten aanzien van de openbaarheid en de onderhoudsplicht volledig bewijs op', schrijft Damen op bladzijde 111 van zijn dissertatie.<sup>46</sup> Duidelijk blijkt hieruit, dat aan de wegenlegger geen 'waarborgen' ontleend kunnen worden, op grond waarvan een gelaedeerde de onderhoudsplichtige ex artikel 1401 BW ingevolge schending van zijn rechtsplicht zou kunnen aanspreken. De wegenlegger is overigens daarom van belang voor een gelaedeerde, omdat deze zich bij het aanspreken van de onderhoudsplichtige ten aanzien van de vraag wie deze is kan laten leiden door de vermelding op de legger.<sup>47</sup>

Omtrent de betekenis van artikel 209 sub h gemeentewet kan volstaan worden met de vermelding, dat zowel bij degenen die het onderscheid aan-

hangen tussen waarborg- en instructienormen<sup>48</sup> als degenen die zich beperken tot de relativiteitsleer geen verschil van mening bestaat. Momenteel zien allen hierin een regeling welke niet méér beoogt dan aan te geven wat tot de werkzaamheden van het college van burgemeester en wethouders behoort.

Met de door Rutten in zijn artikel in *Verkeersrecht* 1953 ontwikkelde visie<sup>49</sup> stem ik dan ook volledig in, dat het criterium 'inbreuk op eens anders recht' niet aanvaard kan worden voor gevallen waarbij iemand schade lijdt tengevolge van een gebrek in de openbare weg.

Aangezien een handelen in strijd met de goede zeden hier niet aan de orde komt, verdient nu bespreking een handelen of nalaten in *strijd met de zorgvuldigheid* welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van een anders persoon of goed.

Is de onderhoudsplichtige een overheidslichaam, dan rijst de bij behandeling van de onrechtmatige overheidsdaad steeds weer opduikende vraag, of ook dat overheidslichaam wegens schending van de zorgvuldigheidsnorm aansprakelijk kan worden gesteld. Deze vraag pleegt door rechterlijke instanties positief te worden beantwoord, indien de overheid op dezelfde voet als een particulier aan het maatschappelijk verkeer deelneemt. Men zou erop kunnen wijzen, dat ook een particulier onderhoudsplichtige kan zijn en soms ook is van een openbare weg en dus — zo zou men kunnen stellen — het onderhouden van een openbare weg geen naar zijn aard slechts door de overheid te verrichten werkzaamheid is.<sup>50</sup> Het gelijke-voet-criterium acht ik niet bruikbaar. Aan de hand van enkele voorbeelden moge ik dit toelichten. Reeds eerder wees ik erop, dat soms aan particulieren als zodanig bevoegdheden toegekend zijn, die duidelijk het karakter dragen van behartiging van publiekrechtelijke gemeenschapszorg en naar hun aard overheidsdaden zijn: een particulier kan waterstaatsrechtelijk beheer uitoefenen, een particulier kan ingevolge artikel 53 Wetboek van Strafvordering in geval van ontdekking op heterdaad de verdachte aanhouden<sup>51</sup>; een particulier kan als hij eigenaar van de weg is daarop verkeersborden plaatsen ingevolge het bepaalde in de artikelen 131 en 137 RVV of ontheffingen verlenen ex artikel 138 RVV. Deze voorbeelden tonen aan dat soms een particulier op gelijke voet met een overheidslichaam kan optreden. Consequent volharden in bedoeld criterium zou erin dienen te resulteren, dat een particulier dan op één lijn met de overheid zou komen te staan en als zodanig niet aansprakelijk zou zijn voor schending van de zorgvuldigheidsnorm. Een moeilijk te aanvaarden, nergens op te baseren en nauwelijks te verdedigen vrijdom. En al zou dit zo zijn, dan zou hieruit reeds blijken, dat niet de persoon van de dader maar de aard van de daad beslissend zou zijn voor de aansprakelijkheid. Hiermede zou dan tevens het gelijke-voet-criterium afgedaan hebben. Er zou nog een andere gedachten-gang ter verdediging van dit criterium ontwikkeld kunnen worden: als de wet ook aan een particulier de bevoegdheid geeft tot het verrichten van overheidsdaden, dan geldt de zorgvuldigheidsnorm ook voor de overheid, immers particulier en overheid verkeren dan 'op gelijke voet'. Daartegen ware aan te voeren, dat de uitzondering, te weten dat een particulier soms een overheidsdaad kan verrichten, nu de regel maakt — niet bevestigt — om de overheid als particulier aan te merken. Daarmede wordt het gelijke-voet-criterium een zeer willekeurig. Getoetst aan de praktijk zou het ook niet staande blijven. De situatie zou immers deze zijn: de overheid zou haar handelen bij het

aanhouden van een verdachte op heter daad door de gewone rechter getoetst kunnen zien aan de zorgvuldigheidsnorm, omdat ingevolge het bepaalde in artikel 53 Wetboek van Strafvordering een particulier de bevoegdheid tot aanhouden ook toekomt. Zou evenwel aanhouding niet op heter daad plaats vinden, dan ware toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm uitgesloten, omdat in zo'n geval de particulier niet kan optreden. Over het algemeen wordt in de literatuur op verschillende gronden het gelijke-voet-criterium niet bruikbaar geacht,<sup>52</sup> terwijl de meeste schrijvers aannemen, dat de Hoge Raad impliciet van dit criterium is teruggekomen.<sup>53</sup>

Nu is het mogelijk over te gaan tot het onderzoek naar toetsing door de gewone rechter van het doen en laten van de onderhoudsplichtige, ook indien dit een overheidslichaam is, aan de zorgvuldigheidsnorm. Voorop moet gesteld worden dat de ene overheidsdaad niet de andere is en dat in dit verband gesproken wordt over de overheid, belast met het onderhoud van een openbare weg. Zo scherp toegespitst op de onderhoudsplichtige ter (onder)scheiding van de beheerder als hier geschiedt, is de vraag in de jurisprudentie, voorzover ik ben kunnen nagaan, nooit naar voren gekomen. Hierboven merkte ik reeds op, dat over het algemeen in de rechtspraak niet onderscheiden wordt tussen de verschillende kwaliteiten, waarin een overheidslichaam bij een openbare weg betrokken is, maar alle kwaliteiten tegelijk bij de beoordeling meegenomen worden. In de literatuur is met name door De Goede wél onderscheiden. Met hem verschil ik, zoals is gebleken, op dit onderdeel essentieel. Zoals gezegd heeft hij te gemakkelijk uit zijn waterstaatsrechtelijke studie conclusies getrokken voor het specifieke toepassingsgebied ex artikel 1401 BW. Ook Rutten acht deze niet zonder meer acceptabel, getuige zijn boven geciteerde reactie. In navolging van Rutten<sup>54</sup> zou een op te stellen algemene waarderingsregel aldus geformuleerd kunnen worden 'de onderhoudsplichtige zal op de bij hem in onderhoud zijnde wegen niet nodeeloos een abnormaal gevaar in het leven mogen roepen of laten voortbestaan.'

Dat de onderhoudsplichtige als zodanig – zij het niet gesteld naast of onderscheiden van de beheerder – door de gewone rechter aansprakelijk geacht is voor zijn handelen blijkt met name uit het arrest van het Hof te Leeuwarden inzake het wegdek te Ferwerderadeel.<sup>55</sup> Het Hof overwoog onder meer:

'dat de aansprakelijkheid van de gemeente jegens geïntimeerde dan ook niet is geworteld in artikel 209h voornoemd doch gelegen is in hare bijzondere positie van onderhoudsplichtige van bedoelden openbaren weg.'

De Hoge Raad spreekt in zijn Ferwerderadeel-arrest<sup>56</sup> van bij de gemeente in beheer *en* onderhoud zijnde openbare weg. Het Hof vervolgde op de zojuist aangehaalde overweging:

'dat toch die positie voor de gemeente de verplichting medebrengt om zorg te dragen, dat de bedoelde weg geen gevaar voor de weggebruiker bij normaal verkeer oplevert en derhalve om een eventueel gevaarlijke plaats in dien weg, gelijk in casu de verzakking, onverwijd, zoodra deze ter harer kennis is gekomen, te herstellen, althans de aanwezigheid daarvan duidelijk ter plaatse kenbaar te maken, opdat het intreden van ongevallen zoveel mogelijk wordt voorkomen'.

Dit nu, komt mij voor, is een nadere omschrijving van wat zorgvuldig handelen van de onderhoudsplichtige eiste; toetsing dus aan de zorgvuldigheidsnorm van het handelen van de onderhoudsplichtige. De Hoge Raad bevestigde 's Hofs uitspraak:

'dat op de gemeente de verplichting rust er voor te waken, dat de toestand van het wegdek de veiligheid van personen en goederen, wier vervoer met de normale omzichtigheid langs zoo'n weg plaats vindt, niet in gevaar brengt, en de gemeente, indien zij blijft beneden de eischen, welke die verplichting haar stelt, jegens den weggebruiker, welke dientengevolge schade lijdt, een onrechtmatige daad pleegt'.

Met Rutten<sup>57</sup> ben ik van mening, dat hier eveneens de zorgvuldigheidsnorm werd toegepast. Geen schending van een subjectief recht. Het gaat om de verplichting ervoor te waken dat door de toestand van de weg geen gevaar veroorzaakt wordt. De Hoge Raad beroept zich niet op het in strijd handelen met des daders rechtsplicht, aangezien zoals hierboven uiteengezet is, die rechtsplicht moet blijken uit een wettelijk voorschrift. De Hoge Raad wijst een dergelijk voorschrift niet aan, terwijl het Hof zich daarvan reeds duidelijk gedistantieerd had.

In zijn arrest van 24 november 1966<sup>58</sup> stelt het Hof te 's-Hertogenbosch voorop:

'dat op de onderhoudsplichtige van een weg niet een zgn. risicoaansprakelijkheid rust in die zin, dat hij er voor behoort in te staan dat, wat de toestand van die weg betreft, het verkeer daarover veilig kan geschieden.'

In zijn daaropvolgende overweging zet het Hof nader uiteen wanneer de *onderhoudsplichtige* wel aansprakelijk is, maar spreekt even verder – waarschijnlijk daarbij afgaande op de feitelijke situatie van het geval – van de onder zijn (d.i. iedere *onderhoudsplichtige*) *beheer en onderhoud* staande weg. De overweging luidt als volgt:

'dat iedere onderhoudsplichtige voor ongevallen welke hebben plaats gehad op of aan een voor het openbaar verkeer opengestelde en onder zijn beheer en onderhoud staande weg slechts aansprakelijk is, wanneer deze ongevallen zijn ontstaan doordat hij in zijn zorgverplichting met betrekking tot het beheer en onderhoud van die weg is tekortgeschoten'.

Primair in deze overweging blijft staan, dat de onderhoudsplichtige aansprakelijk is. Daarmede stem ik, zoals uit het voorgaande gebleken is, in. Dat de onderhoudsplichtige geen 'zorgverplichting heeft met betrekking tot het beheer' naast het onderhoud is uiteengezet. Derhalve ben ik geneigd de geciteerde overweging aldus te verstaan: 'dat iedere onderhoudsplichtige voor ongevallen ..... slechts aansprakelijk is, wanneer deze ongevallen zijn ontstaan doordat hij in zijn zorgverplichting met betrekking tot het onderhoud van die weg is tekortgeschoten.'<sup>59</sup> Ook hier werd aan de zorgvuldigheidsnorm getoetst.

Voor mijn stelling, dat civielrechtelijk primair de onderhoudsplichtige aansprakelijk is voor de toestand van de weg kan steun gevonden worden in het arrest van het Hof te Amsterdam van 1 maart 1961.<sup>60</sup> In het gehele arrest wordt met geen woord gerept over beheer of beheerder, terwijl daarentegen

duidelijk van onderhoud gesproken wordt. Enige tot de essentialia verkorte citaten mogen dit toelichten:

'dat het zorgdragen voor de aanvulling tot de taak van de gemeente behoort, die met het onderhoud van de weg is belast'; 'dat de gemeente tegenover Van der Meulen (.....) aansprakelijk is voor de schade door deze geleden door en tengevolge van het feit dat de gemeente bij de vervulling van haar wettelijke taak — het onderhoud van de weg — is te kort geschoten'.

Het Hof spreekt van tekort schieten bij de vervulling van de wettelijke taak zonder te vermelden waar deze uit afgeleid wordt. Verdedigbaar zou kunnen zijn, dat het Hof aan een wettelijke plicht gedacht heeft. De formulering wijst in die richting, maar het wettelijk voorschrift wordt niet vermeld.

In 1970 gaf de Hoge Raad <sup>61</sup> zijn oordeel over de aansprakelijkheid van de gemeente Rotterdam, die binnen het gebied van de gemeente Rozenburg een bij Rotterdam in eigendom zijnde weg als tijdelijke verbinding met de Botlek had aangelegd en deze voor het openbaar verkeer had opengesteld. Het betrof hier niet een openbare weg in de zin van de Wegenwet. Uit de eigendom leidde de Hoge Raad in casu een onderhoudsplicht af: 'dat de gemeente', zo luidt de betreffende passage, 'bij het nakomen van de op haar als eigenaresse van de weg rustende onderhoudsplicht .....'. Die onderhoudsplicht — niet de eigendom — was de toetssteen. De vraag rijst of dit anders geweest zou zijn, wanneer in casu de weg een openbare weg in de zin van de Wegenwet was geweest, het beheer daarvan bij de gemeente Rozenburg en het onderhoud bij de gemeente Rotterdam was gelegen. Nu het een voor het openbaar rij- en ander verkeer opengestelde weg betrof, was het een feitelijke openbare weg. 'Het is een algemene voor ieder geldende norm, dat men niet op de openbare weg handelingen mag verrichten die een gevaar voor ongelukken scheppen, evenzo moet iedere onderhoudsplichtige, zowel overheid als privaat persoon, de openbare weg behoorlijk onderhouden.' Dit schrijft Meijers in zijn noot onder het meerboeienarrest. <sup>62</sup> Hij onderscheidt niet tussen de openbare weg en voor het openbaar verkeer openstaande weg. <sup>63</sup> Voor aansprakelijkheid ex artikel 1401 BW maakt het niet uit of het een openbare weg in de zin van de Wegenwet danwel in verkeersrechtelijke zin betreft. Noch in jurisprudentie noch in doctrine zijn aanknopingspunten te vinden voor een onderscheiding tussen openbare weg in de zin van de Wegenwet en in die van de verkeerswetgeving voor de toepassing van artikel 1401 BW. Een dergelijk onderscheid lijkt me in casu ook niet zinvol, aangezien het voor de gelaedeerde tengevolge van een gebrek in de weg niet uitmaakt welke juridische kwalificatie die weg heeft. Aanvaardt men in overeenstemming met de meest gangbare, hierboven nader uiteengezette en ook door de Hoge Raad onderschreven opvatting, dat geen wettelijk voorschrift bestaat op grond waarvan jegens de beheerder als zodanig van een openbare weg een aanspraak ex artikel 1401 BW gegeven is en onderschrijft men eveneens de zojuist verdedigde mening, dat het voor aansprakelijkheid ex artikel 1401 BW niet uitmaakt of een weg openbaar is in wegenwettelijke of verkeersrechtelijke zin, dan is op grond van dit arrest verdedigbaar de stelling, dat de Hoge Raad de onderhoudsplichtige primair verantwoordelijk acht voor de toestand van de weg, ook als het een waterstaatsrechtelijk openbare weg betreft. De onderhoudsplicht volgt in dit laatste geval uit de legger. Op de boven opgeworpen vraag betreffende het geval

dat het beheer bij de gemeente Rozenburg en het onderhoud bij de gemeente Rotterdam was geweest meen ik daarom te mogen antwoorden, dat de Hoge Raad ook in dat geval de gemeente Rotterdam aansprakelijk had geacht. In aansluiting hierop kan de grondslag voor die aansprakelijkheid, in de onderhavige visie van de Hoge Raad, bij verwerping van het gelijke-voet-criterium, alleen maar gevonden worden in de zorgvuldigheidsnorm. Aan deze toetste het hoogste rechtscollege immers het handelen van de gemeente Rotterdam:

‘dat ..... aan de gemeente ..... alleen dan een onrechtmatig handelen of nalaten zou kunnen worden verweten indien sprake zou zijn van het in het leven roepen of laten voortbestaan van een abnormaal gevaar, waarop een weggebruiker die de omzichtigheid in acht neemt, ....., niet bedacht behoeft te zijn.’

Per slot van rekening kan gesteld worden, dat de jurisprudentie aanknopingspunten biedt voor het standpunt, dat primair de onderhoudsplichtige van een openbare weg op grond van de zorgvuldigheidsnorm aansprakelijk is ex artikel 1401 BW <sup>64</sup> voor schade ontstaan door of tengevolge van gebreken in die weg.

Hoe staat het overigens met de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de beheerder? Het moge zo zijn dat primair de onderhoudsplichtige aansprakelijk is, van belang is te weten of en zo ja, wanneer de beheerder aansprakelijk kan worden gesteld. Bekend is, dat de beheerder te zorgen heeft dat onderhouden wordt. Is deze zorg van dien aard, dat hij bij gebreke daarin aansprakelijk kan worden gesteld ex artikel 1401 BW of is deze zorg een zo algemene gemeenschapszorg, welke geheel in de beleids sfeer van de beheerder als zodanig is gelegen, dat zij in beginsel aan het oordeel van de gewone rechter onttrokken is? Treedt de beheerder op, omdat er geen onderhoudsplichtige is, dan – dat ligt voor de hand – zijn op hem dezelfde regels van toepassing als voor de onderhoudsplichtige gegolden zouden hebben. Minder eenvoudig ligt de situatie, indien er wel een onderhoudsplichtige is, maar deze in gebreke blijft zijn taak behoorlijk te vervullen. Kan de beheerder dan volstaan met zich tot de onderhoudsplichtige te wenden teneinde deze tot een juist handelen te bewegen of dient hij ogenblikkelijk zelf maatregelen te nemen ter voorkoming van aansprakelijkheidsstelling? In zijn algemeenheid lijkt me deze vraag niet zonder meer met ja of neen te beantwoorden. Als beginsel dient voorop te staan, dat – zal de beheerder aansprakelijk zijn – hij ook zelf onzorgvuldig gehandeld zal moeten hebben. De beheerder op te laten draaien voor de schade louter op grond van het feit, dat de onderhoudsplichtige tekort is geschoten, komt me onjuist voor. Dit zou alleen verantwoord zijn, indien op hem een wettelijke plicht zou rusten, waarvan schending op zichzelf onrechtmatig zou zijn jegens de gelaedeerde, tot bescherming van wiens schade die bepaling geschreven zou zijn. Boven bleek dat deze niet bestaat. De beheerder zelf zal in strijd met de zorgvuldigheidsnorm gehandeld of nagelaten moeten hebben, wil hij iure privato aansprakelijk gesteld kunnen worden naast de onderhoudsplichtige voor schade ontstaan door of tengevolge van gebreken in de weg. <sup>65</sup> De rechter zal geval voor geval hebben na te gaan of zulks zich heeft voorgedaan. Mocht de rechter tot een positief oordeel komen, dan ligt het voor de hand dat ingeval van betaling door een van tweeën – de onderhoudsplichtige of de beheerder – de ander niet meer tot vergoeding gehouden is. Verhaal van de beheerder op de onzorgvuldige on-

derhoudsplichtige — niet omgekeerd — is dan mogelijk.

Niet ondenkbaar is, dat soms niet de onderhoudsplichtige doch de beheerder ex artikel 1401 BW aansprakelijk is. Dit geval kan zich voordoen, wanneer de beheerder in de nakoming van de louter op hem rustende werkzaamheden onzorgvuldig gehandeld of nagelaten heeft, tengevolge waarvan een ander schade heeft geleden. In hoofdstuk II van dit geschrift is er reeds op gewezen, dat in het verkeersrecht de beheerder — niet de onderhoudsplichtige<sup>66</sup> — bepaalde taken zijn opgedragen. In artikel 131 RVV wordt de beheerder van de openbare weg belast met het plaatsen van verkeerslichten en verkeersstekens, met uitzondering grosso modo van de in hoofdstuk I van bijlage II van het RVV opgenomen borden. In hoofdstuk II van de bij het RVV behorende bijlage II worden aangegeven de borden die een gevaar aanduiden. Alhoewel hier verkeersrechtelijke regelingen aan bod komen en dus de vrijheid van het verkeer en de veiligheid op de weg en niet de weg als zodanig object van zorg is, dienen zich hierbij ook soms aspecten aan, die de wegtoestand betreffen danwel voortvloeien uit de weg-kwaliteit. Enkele voorbeelden daarvan zijn de borden welke wegversmalling aanduiden (no. 81a, b en c), bord no. 82 betreffende slipgevaar, de diverse bochtenborden (no's 66 t/m 69); heel in het bijzonder spreken in dit verband aan bord no. 65 dat uitholling overdwars of slecht wegdek beduidt en bord no. 85 dat vermeldt het gevaar van opspattende stenen. Rutten heeft als zijn mening te kennen gegeven, 'dat de plicht van de overheid om de weg in bruikbare staat te onderhouden met betrekking tot haar aansprakelijkheid dikwijls niet mag worden gescheiden van de plicht tot het treffen van verkeersmaatregelen'<sup>67</sup>. Het is goed er zich rekenschap van te geven, dat in het verkeersrecht bevoegdheden zijn toegekend aan niet steeds dezelfde instanties. Zojuist genoemde gevaar-aanduidingsborden dienen door de beheerder en bij gebreke van deze door de eigenaar geplaatst te worden. Met betrekking tot de bevoegdheid om borden en tekens te plaatsen die een gebod of verbod inhouden is een ingewikkeld stelsel gecreëerd, waaraan bij de bespreking van de positie van de beheerder aandacht werd geschonken. Afgezien van de in artikel 137 RVV bedoelde gevallen, waarover dadelijk iets gezegd zal worden, lijkt me aanvaardbaar in zijn algemeenheid te stellen, dat de beheerder van de openbare weg of eigenaar van de voor het openbaar verkeer openstaande weg een bepaalde mate van vrijheid (freies Ermessen) geboden moet worden inzake het plaatsen van borden, genoemd in hoofdstuk II van bijlage II bij het RVV. De situaties waarvoor deze borden geplaatst worden moeten van blijvende aard geacht worden in tegenstelling tot de in artikel 137 RVV bedoelde gevallen. Waarborgnormen — zo men het bestaan daarvan zou willen aanvaarden — vermag men hierin niet te zien. Moet steeds aangegeven worden dat er een bocht naar rechts of links in het verschiet ligt? Is er altijd een verplichting te duiden op slipgevaar, wegversmalling, steile helling, slecht wegdek of opspattende stenen? Mij lijkt van niet. Het ene 'gevaar' is het andere niet en de mate waarin de gevaarlijke situatie zich voordoet kan aanzienlijk verschillen, terwijl hetgeen op de ene plaats gevaarlijk genoemd kan worden, op een andere plaats niet als zodanig aangemerkt wordt. Het oordeel van het al dan niet plaatsen van zo'n bord wordt naar mijn mening gevormd door een afweging per geval van het te verwachten normaal gedragspatroon van de weggebruikers in relatie tot de gegeven situatie. Zo'n oordeel



zal anders zijn naar gelang de persoon die oordeelt. Marginale toetsing door de rechter lijkt mij hier op haar plaats. Voor een indeling als hier gemaakt heb ik overigens geen directe aanknopingspunten kunnen vinden in rechtspraak of literatuur.<sup>68</sup>

De casusposities waarbij de gehoudenheid tot het nemen van verkeersmaatregelen aanwezig werd geacht betroffen meestal aangelegenheden als bedoeld in artikel 137 RVV. Dit artikel geeft een regeling voor het geval 'uitvoering van werken, opdooi, de doorweekte toestand van een weg of een weggedeelte, dreigend gevaar of een andere dringende omstandigheid van tijdelijke aard behoefte doet ontstaan aan het plaatsen van een verkeersteken als bedoeld in artikel 132'. Merkwaardig is dat hier niet genoemd worden de verkeerslichten en tekens genoemd in artikel 131 RVV. Ook deze dienen regelmatig voor plaatsing in aanmerking te komen in gevallen als waarvan artikel 137 RVV spreekt. Deze tekortkoming is des te erger, omdat de aan meer personen toegekende bevoegdheid die artikel 137 geeft, met name ook stellende 'door of namens de beheerder', niet zou opgaan voor de verkeerslichten en verkeerstekens genoemd in artikel 131 RVV, welke niet namens de beheerder geplaatst zouden kunnen worden. De meest redelijke interpretatie zal hier de teleologische moeten zijn — de nota van toelichting geeft geen aanwijzingen<sup>69</sup> — ertoe leidende, dat waar het verderstrekkende namens de beheerder kan (plaatsen van borden die een gebod of verbod inhouden), het minder ingrijpende (borden die een gevaar aanduiden) a fortiori namens deze kan geschieden. Het zal er in de praktijk nog wel eens op neer komen dat de onderhoudsplichtige degene is, die in situaties als artikel 137 RVV aangeeft de eerste tot handelen aangewezen is. Hij handelt dan niet op grond van eigen bevoegdheid, maar meestal namens de 'interne' beheerder.<sup>70</sup> Handelt hij namens die beheerder, dan zal deze ex artikel 1401 BW aansprakelijk gesteld kunnen worden voor schade tengevolge van onzorgvuldig handelen door de onderhoudsplichtige. De 'beheerder' is vrij diegene aan te wijzen die hij daarvoor in aanmerking wenst te laten komen. Sommige voorzieningen overigens — niet zijnde verkeersborden of verkeerslichten — kunnen door de onderhoudsplichtige op eigen gezag aangebracht worden, bijvoorbeeld straatverlichting. De vraag zou opgeworpen kunnen worden of het niet beter geweest ware steeds in deze gevallen de onderhoudsplichtige primair tot handelen bevoegd te verklaren, aangezien hij toch met name als eerste bij de toestand van de weg betrokken is en omdat hij 'het dichtste bij het vuur zit'. Deze vraag lijkt terecht gesteld, maar de verkeerswetgever heeft om niet kenbaar gemaakte redenen anders beslist. De wettelijke regeling heeft duidelijk de tot handelen bevoegde aangegeven, zodat civielrechtelijk daarmee rekening gehouden zal moeten worden. Overigens zijn beheerder en onderhoudsplichtige vaak dezelfde. In zijn artikel in *Verkeersrecht*<sup>71</sup> somt Rutten met verwijzing naar vindplaatsen in de jurisprudentie vele gevallen op waarin de wegbeheerder veroordeeld werd tot vergoeding van schade, veroorzaakt door een gebrek van de weg. Hij geeft daarbij per geval aan het toetsingscriterium dat de rechter hanteerde. Regelmatig blijkt dat de rechter in zijn overwegingen mede betrokken heeft de vraag of het verkeer gewaarschuwd was tegen het gevaar<sup>72</sup>. Het ontbreken van een waarschuwingsteken werd vaak gezien als een element waaruit mede tot onzorgvuldigheid werd geconcludeerd. Hierbij werd niet gewogen of er vrijheid tot plaatsen was of

niet. Dat is voor alle gevallen genoemd in artikel 137 RVV als beginsel juist. Doemen plotseling onvoorzienbare, gevaarlijke situaties op<sup>73</sup>, dan lijkt me nauwelijks reëel de vraag te stellen of het verkeer daarvoor gewaarschuwd dient te worden. Vragen over competentiekwesties behoeven dan evenmin te spelen. Is het gevaar onderkend, dan ligt waarschuwing daarvoor zozeer voor de hand, dat het uitblijven daarvan op zich reeds normaliter onzorgvuldig is.<sup>74</sup> De keuze van de waarschuwingstekenen zijn ter beoordeling van de competente persoon, de waarschuwing zelf dient voldoende te zijn.<sup>75</sup>

Het vorenstaande kan als volgt samengevat worden. Voor de toestand van de weg dient primair de onderhoudsplichtige te zorgen. Civielrechtelijk is dan ook hij aansprakelijk voor tekortkomingen. Zijn handelen en nalaten wordt getoetst aan de zorgvuldigheidsnorm, ook al is hij een overheidslichaam. Daarvoor is niet nodig het overheidslichaam in die gevallen te zien als verkerende op gelijke voet met een particulier. Of een weg openbaar is in de zin van de Wegenwet danwel in verkeersrechtelijke zin, maakt voor aansprakelijkheid door gebreken ex artikel 1401 BW geen verschil. Naast de onderhoudsplichtige is de beheerder van een openbare weg in de zin van de Wegenwet aansprakelijk ex artikel 1401 BW, indien hij tengevolge van onzorgvuldig doen of laten het gevaar liet voortbestaan dat de onderhoudsplichtige had dienen op te heffen en waarop hij had toe te zien. Indien er geen onderhoudsplichtige is, treedt de beheerder in zijn plaats. De beheerder kan bovendien op grond van onzorgvuldig handelen of nalaten civielrechtelijk aansprakelijk gesteld worden, wanneer hij bij de vervulling van de hem in het RVV opgedragen taak tot het plaatsen van borden en lichten tekort is geschoten. Betreft het situaties als bedoeld in artikel 131 RVV dan lijkt marginale toetsing door de gewone rechter het meest aangewezen, terwijl volledige toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm aanvaard moet worden in gevallen als bedoeld in artikel 137 RVV.

#### *Par. 4 Nieuwe ontwikkelingen voor het komende recht*

In tegenstelling tot de onder het huidige recht algemeen heersende opvatting, dat een verharde weg niet aangemerkt kan worden als een gebouw in de zin van artikel 1405 BW<sup>76</sup>, wordt in artikel 6.3.2.7 Ontwerp Nieuw BW het begrip gebouw losgelaten en gesproken van een begrip dat ook de verharde weg omvat, te weten: 'opstal'. Onder 'opstal' wordt ingevolge lid 3 in dit artikel verstaan 'gebouwen en werken, die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken'. Artikel 6.3.2.7 is ontleend aan artikel 6.3.12 van het OBW, waartoe het Voorlopig Verslag het volgende vermeldt:

'De Commissie volstaat hier met een opmerking over de aansprakelijkheid voor gebreken in verharde wegen. Deze aansprakelijkheid berust op de risico-gedachte en lijkt als zodanig bijzonder belangrijk. Een dergelijke risico-aansprakelijkheid is immers, althans voor gebreken in verharde wegen, naar huidig recht onbekend: naar huidig recht kan men hier hoogstens – op grond van artikel 1401 BW – een schuldansprakelijkheid construeren.

De Commissie onderschrijft de zoëven omschreven uitbreiding ten opzichte van het huidige recht. Zij acht een risico-aansprakelijkheid voor gebreken in verharde wegen even aanvaardbaar als de vanouds bestaande risico-aansprakelijkheid voor gebreken in gebou-

wen. Zij beschouwt de onderhavige uitbreiding dan ook als een gelukkige zaak.

De Commissie heeft zich nog afgevraagd of de uitdrukking "het overheidslichaam dat moet zorgen dat de weg in goede staat verkeert" niet te veel aan de schuld-gedachte is ontleend. Zij neigt tot een meer neutrale uitdrukking in de geest van "het overheidslichaam waarbij de weg in beheer en onderhoud is". Kan de Minister hiermee instemmen?"

Deze laatste passage had betrekking op het bepaalde in lid 2 van artikel 6.3.12, luidende: 'Bij erfpacht drukt de aansprakelijkheid op de bezitter van het erfpachtsrecht, bij openbare wegen op het overheidslichaam dat moet zorgen dat de weg in goede staat verkeert.' In de Memorie van Antwoord laat de Minister van Justitie op bladzijde 177 het volgende weten:

'Wat de openbare wegen betreft, het verheugt de ondergetekende dat de Commissie deze uitbreiding van de risicoaansprakelijkheid van het onderhavige artikel een gelukkige zaak heeft geacht. Ook hij is van mening dat deze uitbreiding aanbeveling verdient. De woorden "het overheidslichaam dat moet zorgen dat de weg in goede staat verkeert" sluiten aan bij de terminologie van de artikelen 15 e.v. van de Wegenwet, men zie met name de artikelen 16-18. Om deze reden verdient het naar de mening van de ondergetekende geen aanbeveling het voorstel van de Commissie te volgen om een meer neutrale uitdrukking te bezigen als "het overheidslichaam waarbij de weg in beheer en onderhoud is". Deze uitdrukking zou in verband met artikel 18 van de Wegenwet immers niet van dubbelzinnigheid zijn vrij te pleiten.'

Deze citaten geven aanleiding tot het maken van kanttekeningen. De Commissie voor Justitie onderschrijft de uitbreiding van de risico-aansprakelijkheid tot verharde wegen. Deze wegen kunnen openbaar zijn in de zin van de Wegenwet, noodzakelijk is dit niet. Er zijn vele verharde wegen, welke niet openbaar zijn in wegenrechtelijke zin, maar wel 'voor het openbaar verkeer openstaan', b.v. de wegen op Schiphol. In zijn antwoord begint de Minister op te merken, dat het hem verheugt dat de Commissie *wat de openbare wegen betreft* de uitbreiding tot de risico-aansprakelijkheid een gelukkige zaak acht. Dit kan verwarring wekken. Het is noodzakelijk in ons recht te onderscheiden tussen openbare wegen — in de zin van de Wegenwet — en andere niet-wegenrechtelijke openbare wegen. Beide soorten kunnen onder de categorie 'verharde wegen' vallen. Voor deze categorie wordt een aparte aansprakelijkheid geschapen: een risico-aansprakelijkheid. Of, zoals de Commissie stelt, vanouds een risico-aansprakelijkheid voor gebreken in gebouwen bestaat, is overigens aan twijfel onderhevig.<sup>77</sup>

Aanleiding tot bijzonder grote verwarring heeft gegeven de passage in artikel 6.3.12 lid 2: 'het overheidslichaam dat moet zorgen dat de weg in goede staat verkeert'. De woorden van de Commissie 'een meer neutrale uitdrukking in de geest van: het overheidslichaam waarbij de weg in beheer en onderhoud is' geven reeds aan, dat zij zich geen rekenschap heeft gegeven van wat het waterstaatsrecht te bieden heeft. Beheer en onderhoud, dat is in het voorgaande duidelijk geworden, zijn geen neutrale uitdrukkingen, terwijl — en dat onderscheid moet gemaakt worden — een overheidslichaam waarbij de weg in beheer is niet degene behoeft te zijn — overheidslichaam of niet — die de weg onderhoudt. Het mag gelukkig genoemd worden, dat de Minister zich niet heeft laten verleiden tot de door de Commissie zo genoemde 'meer neutrale uitdrukking', maar het valt te betreuren, dat de kans niet waargeno-

men is een nadere uiteenzetting te geven op wie in het komende recht civielrechtelijk de aansprakelijkheid rust voor gebreken in de openbare weg: op de beheerder of op de onderhoudsplichtige. Het is in hoofdstuk II voldoende duidelijk geworden, dat de Wegenwet het woord 'beheer' niet gebruikt, terwijl De Goede in zijn dissertatie heeft aangetoond dat met 'de zorg voor het verkeren in goede staat' in de artikelen 16 en 17 Wegenwet geduid wordt op beheer. Tevens heeft De Goede duidelijk gemaakt, dat de uitwerking in artikel 18 Wegenwet lacunes heeft gelaten: ook al heeft de onderhoudsplichtige zijn werk gedaan, dan heeft alleen daarmede de beheerder nog niet zijn plicht gedaan. Bovendien kan niet ontkend worden, dat hoofdstuk IV van de Wegenwet met name bepalingen over het onderhoud geeft, zodat met een verwijzing naar de artikelen 15 e.v. Wegenwet niet de gewenste duidelijkheid verschaft wordt. Artikel 15 spreekt 'slechts' van 'onderhouden'. De Minister erkent zelf iets van de problematiek, waar hij zegt over het overheidslichaam waarbij de weg in beheer en onderhoud is: 'Deze uitdrukking zou in verband met artikel 18 van de Wegenwet immers niet van dubbelzinnigheid zijn vrij te pleiten.' Hoe nu als beheer en onderhoud in verschillende handen zijn? De Goede zal zeggen: 'dan is de beheerder aansprakelijk, want de zorg voor het verkeren in goede staat, is des beheerders'. Volgt men Schut, die met betrekking tot de kwalitatieve aansprakelijkheid voor door zaken (stoffen, opstallen en dieren) aangerichte schade stelt: 'Voor deze aansprakelijkheid zie ik geen betere of juistere grondslag dan de verantwoordelijkheid die "de man achter de zaak" tegenover zijn medemensen draagt voor de veiligheid ervan (veilige toestand, veilige werking, mogelijkheid van veilig gebruik e.d.)' <sup>78</sup>, dan wordt daarmee mijns inziens terzake van de openbare weg geen duidelijkheid gebracht. Schut introduceert in plaats van de in het Ontwerp Nieuw BW aansprakelijk gestelde bezitter de term 'beheerder', waarbij hij vermeldt: 'ook een houder kan die beheersfunctie uitoefenen.' Het behoeft geen betoog, dat Schut niet op de waterstaatsrechtelijke beheerder duidt. De door De Goede en Rutten hierboven in par. 2 aangehaalde discussie omtrent de civielrechtelijk aansprakelijke persoon zou mijns inziens ook voor het komende recht actueel kunnen blijven, indien de wetgever niet alsnog de gelegenheid aangrijpt daarin duidelijkheid te brengen. De rechter zal immers bij zich voordoende gevallen van aansprakelijkheid zelf nagaan wie moest zorgen voor het verkeren in goede staat. Niet de waterstaatsrechtelijke verantwoordelijkheid-dragende, maar de daadwerkelijk handelende of nalatende zou daarvoor aangemerkt kunnen worden. Ook de Minister liet die vraag in het midden. Hij koos niet tussen beheerder en onderhoudsplichtige. Voelt men voor de gedachte van Schut 'de man achter de zaak' aansprakelijk te stellen, dan zal dit meestal de onderhoudsplichtige zijn, maar het kan soms ook de beheerder zijn. Het hangt ervan af, aan wie te wijten is 'dat de openbare weg niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen.' Nu er een risico-aansprakelijkheid gevestigd wordt, lijkt het mij juist voor het komende recht te bepalen, dat de waterstaatsrechtelijke beheerder aansprakelijk is. Deze is een overheidslichaam, terwijl als onderhoudsplichtigen nog steeds particulieren functioneren. Soms zal overigens de beheerder verhaal kunnen uitoefenen op de onderhoudsplichtige.



## noten bij inleiding

1. H. Schellekens, De straat, Het psychologisch effect van de gebouwde omgeving, Helmond, Wibro 1976. Zie ook zijn artikel in *Intermediair* van 24 december 1976, blz. 33 e.v.
2. B. de Goede in *Bestuurswetenschappen* 1971, blz. 97 e.v..
3. Hoofdstuk II, paragraaf 10a, artikelen 88a t/m 88e en 132b en de borden nrs. 57c en 58c, in werking getreden op 15 september 1976.
4. H.R. 28 april 1961, NJ 1961, 433.
5. H.R. 2 februari 1966, NJ 1966, 415 m.n. N.J.P..
6. H.R. 4 mei 1966, NJ 1967, 217 m.n. J.H.B..
7. H.R. 19 januari 1968, NJ 1968, 166 m.n. G.J.S..
8. W.G. Vegting, N. Samsom N.V., Alphen aan den Rijn, 1946.

## noten bij hoofdstuk I

### *I, Par. 1. Het begrip weg*

1. Memorie van Toelichting bij de Wegenwet, blz. 8.
2. Zie ook artikel 1 Wegenverkeerswet, artikel 6 lid 1 van het Reglement verkeersregels en verkeerstekens, artikel 1 Verkeerswet tegen luitbebouwing, verschillende provinciale reglementen en gemeentelijke verordeningen. Zie ook conclusie Advocaat-Generaal Remmelink bij arrest H.R. 30 september 1975, NJ 1976, 130, blz. 362 rechter kolom.
3. Zie H.R. 6 maart 1914, NJ 1914, 625, W 9644 betreffende de omvang van het begrip wegen in artikel 719 BW, H.R. 25 april 1905, W 8214 over de betekenis van weg in artikel 453 WvSr, H.R. 21 jan. 1929, NJ 1929, 517 over de inhoud van de term landweg in artikel 427, 6° WvSr.
4. L.H.M. Damen 'Een kritische beschouwing van de Wegenwet', Alphen aan den Rijn z.j.. Dit geschrift dateert van 1959.
5. Blz. 10, vgl. Asser-Beekhuis II, blz. 147.
6. Zo draagt het proefschrift van A.H. Kamerlingh Onnes als titel 'Openbare wegen over particuliere grond' Leiden 1915. Van Dale, Groot woordenboek der Nederlandse Taal, 10e druk 's-Gravenhage 1976, omschrijft weg o.m. als: 'smalle strook grond in een landschap, gebruikt en geschikt gemaakt voor het verkeer'.
7. Gebruikelijk zijn bijvoorbeeld de termen verharde en onverharde weg.
8. In artikel 6.3.2.7 van het Ontwerp Nieuw BW is, evenals in artikel 6.3.12 van het OBW, sprake van verharde wegen. Een verharde weg wordt daarin als 'opstal' aangemerkt. In hoofdstuk V zal dit nader besproken worden.
9. Zie Kamerlingh Onnes, a.w. blz. 56-72. Overigens spreekt ook de Toelichting ad artikel 6.3.12 OBW op blz. 688 van het 'onus publicum van openbare weg.'

10. Blz. 79/80.
11. Blz. 73/132.
12. Blz. 128.
13. De Spoorwegwet van 8 april 1875, Stb. 67 en de Lokaalspoor- en tramwegwet van 9 juli 1900, Stb. 118.
14. Aldus artikel 1, tweede lid, sub II der Wegenwet.
15. Handelingen der Staten-Generaal. Bijlagen 1929-1930, Eerste Kamer blz. 11.

## *I, Par. 2. Openbaarheid — Ontstaan*

1. Openbaarheid dient men te zien in samenhang met het object dat het betreft, in casu de weg.
2. Blz. 29-46.
3. Artikel 4 eerste lid sub III juncto artikel 5 eerste lid Een uitzondering hierop vormt artikel 5, tweede lid, bepallende 'Deze medewerking wordt niet vereischt wanneer die bestemming gegeven wordt door het Ryk, door ene provincie of door een waterschap'
4. Artikel 49 der wet, zie daarvoor ook Damen a.w. blz. 111 e.v.. Aan de hand van De Goede, Het beheer in het waterstaatsrecht, diss. Leiden 1951, blz. 30, zou ik de kracht van de legger in dit verband willen omschryven als de bindende constatering van openbaarheid. Een verkeerde constatering — de wet heeft overigens zoveel mogelijk waarborgen geschapen ter voorkoming (artikel 34-37) danwel tenietdoening (artikel 43-47) van fouten — heeft evenwel ook bindende kracht, met als gevolg openbaarheid. De constatering is dan constitutief geworden. Voor de onderhoudsplichtige kan eenzelfde regel geformuleerd worden.
5. Van toegankelijkheid is slechts sprake, indien dit zowel op grond van een kunnen als op grond van een mogen (niet wederrechtelyk) plaats vindt. Zie H.R. 29 oktober 1934, W 12855.
6. Artikel 4, eerste lid, sub I en II.
7. Zie ook Damen, a w. blz. 41
8. H.R. 3 februari 1928, NJ 1928, 700 m.n. P.S., W 11811 m.n. H.d.J. Vgl overigens inzake zakelyk recht van openbaarheid H.R. 28 november 1913, NJ 1913, 1313, W 9574 m.n. E.M.M.. Zie ook artikel van B. de Goede in TvO 1950, zesde jrg, blz. 349 e.v..
9. Terminologie ontleend aan noot van P. Scholten onder voornoemd arrest.
10. Zie Damen, a.w. blz. 33 en de daar aangehaalde jurisprudentie.
11. B. de Goede in TvO 1950, zesde jaargang, 'De bestemming tot openbare weg in de jurisprudentie', blz. 349 e.v.
12. Zie o a Damen, a w. blz. 38, Asser-Beekhuis II, blz. 73, Winsemius en Hubée, Inleiding tot het waterstaatsrecht, Alphen aan de Ryn, 1959, blz. 220, W G Vegting spreekt in Het Algemeen Nederlands Administratiefrecht, 2de deel, Alphen aan den Ryn, 1957, op blz. 335 van verjaringstermijn. Vgl. Voorlopig verslag, Bijlagen Tweede Kamer 1928-1929 blz. 2 en Memorie van Antwoord, Bijlagen Tweede Kamer 1928-1929 blz. 8 en voor een bespreking van het gebruik van de term verjaring vóór de Wegenwet L. van Praag in 'Openbare wegen', Themis 1922 blz. 300.
13. Vgl. Asser-Rutten I (De verbintenis in het algemeen), vierde druk, blz. 453 e.v. en Pitlo, Bewijs en verjaring naar het Nederlands Burgerlyk Wetboek, vierde druk, Haarlem, 1957, blz. 162, stellende 'Het instituut waardoor het recht zyn sanctie verleent aan den feitelijken toestand, die geruimen tyd heeft geduurd, heet verjaring' W.F. Lichtenauer De vernietigende verjaring en aanverwante rechtsfiguren, diss. Leiden 1932, geeft op blz. 37 deze definitie van verjaring het (meestal onweerlegbaar) wettelyk vermoeden van het al dan niet (meer) bestaan van bepaalde rechten op grond van het niet plaats vinden gedurende een bepaald tjdsvverloop van door de wet aangegeven gebeurtenissen
14. Ook C.F.J. Gombault spreekt in zyn artikel 'het Instituut Openbare Weg' in Themis 1929 op blz. 197 van het feit, dat men het ontstaan van de bestemming tot openbare

weg gebonden heeft aan een 'acquisitieve verjaringstermijn van respectievelijk 30 en 10 jaren.'

## I, Par. 2. Openbaarheid – Inhoud

- 1 VV Tweede Kamer, blz. 1.
2. Memorie van Antwoord, Tweede Kamer, blz. 7. Vgl. noot Besier onder het arrest van de H.R. d.d. 13 mei 1958, VR 1958, no. 39
3. Artikel 12 Wet algemene bepalingen
4. Hier wordt uiteraard niet geduid op de procedure van de artikelen 43 e.v. der Wegenwet regelende het beroep op de rechter inzake wijziging van de wegenlegger.
- 5 In de Memorie van Toelichting blz. 9, duidt de Minister zelf op juridische openbaarheid. Naar aanleiding van de onzekerheid over de vraag wanneer een weg openbaar was voor de Wegenwet verwijst hij naar uitspraken van lagere gerechten en administratieve autoriteiten en stelt 'Daarin en ook in de literatuur wordt, soms min of meer aarzelend, soms ook als boven twijfel verheven, aangenomen, dat buiten de Overheid om geen weg kan worden, gelijk men het gaarne uitdrukt, *rechtens* openbaar' 'De openbaarheid rechtens is ... een verbijzondering van de openbaarheid in feite', schrijft B. de Goede in zijn artikel 'Rechtens of feitelijk openbaar', *Verkeersrecht* 1960, blz. 117 e.v. en 137 e.v..
6. Het woord 'onteigenen' dat zowel in juridische als taalkundige zin kan worden opgevat, komt eveneens in beide betekenissen in wetten voor in taalkundige zin in artikel 846 BW en 491 W Burg Rv. en in juridische zin in artikel 625 en 649 BW.
7. Deze nota is te vinden in 'Geschiedenis van het wetboek van strafrecht' door H.J. Smidt, 3de deel, Haarlem 1892, blz. 359-362.
8. Op blz. 32 e.v..
9. In *Themis*, 1922, blz. 292.
10. A.w., blz. 294/295.
11. Losbladige uitgave, Gouda Quint, Arnhem.
12. Zie Par. 2 over Ontstaan van de Openbaarheid.
13. Een benadering die heel wat meer genuanceerd is dan gebruikelijk ten aanzien van de term openbare weg in het Wetboek van Strafrecht geeft B. de Goede in zijn artikel 'De straat in het Wetboek van Strafrecht', gepubliceerd in de bundel opstellen aangeboden aan W.F. Prins, onder de titel 'De mens in het recht', Vuga-boekery 1975, blz. 115-124. Zijn opmerking op blz. 119 dat het de wetgever ten deze aan een algemeen gezichtspunt heeft ontbroken kan ik niet onderschrijven. De nota van De Vries geeft immers aanleiding te veronderstellen, dat de wetgever van het begrip openbaar wel degelijk een beeld had. Alle conclusies van De Goede kan ik niet onderschrijven. Waarom, zo vraag ik mij af, zou het woord 'versperren' in de artikelen 162, 163 en 427, 6° WvSr alleen op de juridische openbare weg betrekking hebben, zoals hij stelt en waarom niet op de feitelijke openbare weg? Zou een onbevoegde ongestraft een voor het openbaar verkeer openstaande weg mogen versperren? Reeds eerder heeft De Goede een dergelijk standpunt ingenomen in zijn artikel 'Rechtens of feitelijk openbaar', *Verkeersrecht* 1960, blz. 120
14. Zie de omschrijving van weg in artikel 1 der Wegenverkeerswet. Noyon-Langemeijer blijft in de boosheid volharden, zie genoemd boek, aantekeningen ad artikel 312, ad artikel 424, ad artikel 427, ad artikel 429 bis – hier wordt niet aangegeven wat onder openbare wegen verstaan dient te worden, vergelijk daarentegen vorige druk, blz. 622 – ad artikel 451, 3°, ad artikel 451 bis, welk artikel weliswaar niet van 'openbare weg' spreekt, maar het commentaar daarop merkwaardig genoeg wel, waar dit sub 1a stelt 'Het artikel zegt op of aan plaatsen voor openbaar verkeer bestemd, en omvat dus ook hetgeen achter aan de openbare weg zich bevindende vensters wordt tentoongesteld.', en ad artikel 453 lid 1. Het commentaar op dit laatste artikel laat het begrip weg weer in een andere zin als in de vorige noot aangegeven uitvloeien, maar de uitdrukking openbare weg wordt schijnbaar overeenkomstig de Wegenwet gehanteerd. De Wegenwet heeft bepaald niet op plantsoenen betrekking, hetgeen hier gesuggereerd wordt.



- 15 Zie Asser-Beekhuis II, blz 143 en de daar aangehaalde verwijzingen, Damen a w , blz 15 noot 1, OBW 'ikel 5 4 18 spreekt van openbare weg en de toelichting daarop verwijzende naar de artikelen 715 en 716 BW zegt over het gebruik dezer term niets dan deze algemene opmerking 'De overige wijzigingen (bedoeld is ten opzichte van de artikelen 715 en 716 BW) zijn slechts van redactionele aard en spreken voor zichzelf' Vgl Rb Den Bosch 24 dec 1943, NJ 1947, 651, Rb Rotterdam 3 dec 1936, te vinden in Arr H R 15 maart 1937, NJ 1937, 780 Van de Hoge Raad is geen uitspraak te vinden dat het woord gemeen in deze artikelen opgevat moet worden als openbaar in juridische zin
- 16 De ratio is immers een behoorlijke exploitatie van het ingesloten erf mogelijk te maken, zie L J van Apeldoorn in WPNR 3512 en 3513
- 17 H R 6 maart 1914, NJ 1914, 625, W 9644 m n E M M , en H R 10 nov 1932, NJ 1933, 170 m n P S
- 18 Het Ontwerp BW laat er zich niet duidelijk over uit hoe 'openbare weg' verstaan moet worden Aannemelijk is, dat daarmee op de openbare weg in juridische zin geduid wordt, zie Toelichting OBW ad artikel 5 3 3 en 5 3 8 Vgl OBW artikel 6 3 12 lid 2 en Ontwerp Nieuw BW 6 3 2 7 lid 2
- 19 In alle aan wettelijke bepalingen ontleende voorbeelden betreft het gevallen, waarbij de wet zelf geen omschrijving heeft gegeven noch anderszins heeft doen blijken wat onder openbare weg moet worden verstaan
- 20 Hierop wordt nog nader ingegaan in hoofdstuk II
- 21 NJ 1955, 437 en VR 1956, nr 7, blz 19
- 22 In *Verkeersrecht* 1960, blz 119 en 120
- 23 Zie ook Damen a w blz 41
- 24 Blz 11 Door hem wordt wel gesteld 'de geschiedenis leert ons', maar enige argumentatie wordt hiervoor niet gegeven De geschiedenis van het totstandkomen van het Wetboek van Strafrecht — zie de onverkort aangehaalde nota van W de Vries — leert toch wel anders
- 25 Blz 67 68
- 26 Hij kent dus twee begrippen openbare weg, waarvan één 'in engeren, wettelijken zin', waarbij van dit laatste uitdrukkelijk in een bijzondere wet of verordening mag worden afgeweken Waarom uitdrukkelijk?
- 27 F G Scheltema, De openbare weg en de beperking van den eigendom in *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1920, blz 268
- 28 Zie R J Polak, Inleiding tot het Wegenverkeersrecht, Deel I, Zwolle 1971, blz 2-4 en antwoord op rechtsvragen I in *Verkeersrecht* 1954, blz 60
- 29 B de Goede 'Rechtsens of feitelijk openbaar' in *Verkeersrecht* 1960, blz 117 e v en 137 e v en 'Straten in soorten' in *Bestuurswetenschappen* 29ste jaargang nr 3, mei/juni 1975, blz 205-217
- 30 NJ 1947, 453, blz 738 I c was aan de orde artikel 11 Tramwegreglement
- 31 Zie ook Winsemius en Hubee, a w , blz 218 'Een definitie van het begrip openbare weg kent de wet niet Wel bepaalt zij wanneer een weg openbaar is'
- 32 Blz 8
- 33 Blz 8
- 34 Blz 8
- 35 Winsemius en Hubee, a w , blz 219 220 'Het verdient opmerking dat hier een begrip van openbaarheid in het geding is dat slechts voor de Wegenwet geldt Indien een waterschap een weg aanlegt ten behoeve van het onderhoud van zeekering, is dit een openbaar werk, bij voorbeeld in de zin van de Belemmeringenwetten Om openbaar te zijn in de zin van de Wegenwet is dit niet voldoende De weg moet daarvoor een algemene verkeersfunctie bevatten, die hem, zij het misschien in beperkte mate, voor ieder toegankelijk doet zijn' L van Praag in *Themis*, 1922 vindt op blz 316 van zijn artikel 'Openbare wegen', dat er 'is te onderscheiden tussen rechtens en feitelijk openbare wegen, of, wat weer hetzelfde is, tusschen rechtens en feitelijk voor ieder toegankelijke wegen'
- 36 MvT, blz 7 en 11
- 37 Zie ook MvT, blz 14
- 38 Het ware beter geweest in de Wegenverkeerswet van openbare wegen te spreken, op

te vatten in taalkundige zin. De verkeerswetgever heeft namelijk — overigens om, zoals boven bleek, verklaarbare redenen daartoe gebracht — een weinig fraaie omschrijving gegeven door de term openbare weg te vermijden en te spreken van voor het openbaar rij- of ander verkeer openstaande wegen. Ook deze openstaande wegen kunnen wel eens gesloten zijn. Een gesloten openstaande weg is een merkwaardige speling der taal

## *I, Par. 2. Openbaarheid — Civielrechtelijk*

1. Zaak in de zin van artikel 3.1.1.1 O.Nieuw BW. Bruggen, tunnels e.d. kunnen voor het zakenrecht gerekend worden tot de categorie gebouwen. Zie artikel 656 BW en artikel 3.1.1.2 O. Nieuw BW Aangenomen mag worden, dat zij rechte met de grond één zaak vormen. Verschil van opvatting bestaat over de vraag of gebouwen al dan niet als bestanddelen of zelfstandige zaken aangemerkt dienen te worden. Verwezen zij met name naar het artikel van Van der Grinten in WPNR 4701 'Natrekking, vermenging en zaaksvorming', blz. 519-522 en de noot van J. Drion onder het arrest van de Hoge Raad van 11 december 1953, NJ 1954, 115 Vgl artikel 556 en 562, 1e BW. en artikel 3.1.1.3 lid 2 O.Nieuw BW.
2. Op de betekenis van het woord bestemming wordt nog ingegaan.
3. Als kenbron is, wat het historisch aspect betreft, voornamelijk uitgegaan van het onderzoek van W.G. Vegting in 'Publiek domein en zaken buiten den handel', Alphen aan den Rijn, 1946.
4. Vegting, a.w. blz. 63 en 172.
5. Beekhuis spreekt in zijn bewerking van Asser in Asser-Beekhuis I, Zakenrecht, op blz. 78 van 'res publicae in usu publico'.
6. Volgens de bronnen vormden de zee en het strand der zee min of meer een uitzondering, hiervan werd de Staat geen eigenaar genoemd. Zie Vegting, a.w. blz. 47 en 171.
7. Vegting, a.w., met name blz. 36-39 en blz. 171-172, vgl. J.B. Sens, Eigendom van zaken voor de openbare dienst bestemd, ac. prft. Nijmegen, blz. 38 en 40
8. Als 'res quarum commercium non sit' werden ook wel beschouwd de 'liber homo' en de 'res sacrae et religiosae'. Zowel Sens als Vegting beperken zich in genoemde geschriften tot de zaken met een publieke bestemming, hetgeen door hen gesteld wordt kan niet zonder meer van toepassing worden geacht op de overige 'res quarum commercium non sit'. In zijn 'Leerboek van Romeins privaatrecht' derde druk, Leiden 1948, maakt J.C. van Oven geen melding van de 'res quarum commercium non sit', op blz. 59 gaat hij wel kort in op de 'res extra patrimonium' Asser-Beekhuis I, Zakenrecht, doet het op blz. 78 ten onrechte voorkomen alsof het Romeins recht een belangrijk onderscheid kende tussen 'res extra commercium' en 'res in commercio'.
9. Vegting, a.w. blz. 55-62 en blz. 171-172.
10. A.w. blz. 176-177. E.M. Meyers gaat er in zijn naar aanleiding van het Hofvijverarrest van 7 juni 1918 in WPNR 2543-2547 gepubliceerd artikel 'Publiek domein en zaken buiten den handel' vanuit, dat de aanduiding van de 'res publicae' als zaken buiten den handel heeft gediend om de bestemming van deze zaken te beschermen. Vegtigs studie toont aan, dat de extra-commercialiteit deze functie nooit heeft gehad. Vegting, a.w. blz. 222-223.
11. J.B.V. Proudhon leefde van 1758 tot 1838, hij was hoogleraar in het burgerlijk recht te Dijon. Zijn leer zette hij uiteen in een vier delen omvattend werk 'Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public', 1ste druk Brussel 1833-1834, 2de druk Dijon 1843-1845.
12. Sindsdien zijn uiteenlopende meningen verkondigd omtrent de vraag welke zaken tot het 'domaine public' behoren.
13. Zie J. Van Geleijn Vitranga in zijn artikel 'Onteigening van publiek domein' in *Rechtsgeleerd Magazijn* 1903, blz. 171 en 174, C.J.H. Schepel in 'Wegenrecht in Nederland', diss. Groningen, 1895, blz. 209 e.v. en H. Vos in WGB 1931, blz. 62.
14. Dit artikel luidde 'De aan de gemeente behorende wegen, straten, pleinen, grachten, vaarten, kanalen, bruggen, havens, kaden, wallen en openbare gebouwen mogen niet worden vervreemd, bezwaard of verpand, dan nadat zij door een besluit van den Raad

- verklaard zijn, ten openbare dienst niet meer bestemd te wezen. Gedeputeerde Staten kunnen bevelen, dat in de gemeenten waar het hun nuttig schijnt, van de gemeentewegen, vaarten en andere, ten dienste van het algemeen bestemde, zaken een staat worde opgemaakt en bijgehouden'. In 1931 werd de nummering van dit artikel 267, welk artikel in 1937 als maatregel van vereenvoudiging in de gemeenteadministratie samengesmeed werd met een wijziging op het bepaalde in artikel 266 en de huidige redactie verkreeg
- 15 Vgl. P. J. Oud, Handboek voor het Nederlands gemeenterecht, deel II, blz. 362 (Zwolle 1959). Anders J. M. Polak in WPNR no. 5067, d.d. 3 januari 1970 blz. 12 noot 4 slot. 'In 1937 is artikel 266 geschrapt en artikel 267 fundamenteel gewijzigd.'
  - 16 C. G. Van Reeken, Uitoefening van private rechten op zaken met eene publieke bestemming, *Themis* 1893, blz. 1-66
  - 17 Blz. 20
  - 18 Zie Asser-Beekhuis I Zakenrecht, blz. 81 en Donner, Nederlands bestuursrecht, I Algemeen deel, blz. 150. Suyling, Inleiding tot het burgerlijk recht, 5e stuk, zakenrecht, par. 14 over zaken ten openbare dienste bestemd, blz. 137-159
  - 19 Zie Vegting, Het algemeen Nederlands administratiefrecht, Alphen aan den Rijn 1957, deel II, blz. 305, Asser-Beekhuis I Zakenrecht, blz. 81 e.v., Van der Linden, Praedvies NJV 1963, Ia, blz. 162 e.v., Donner in 'Nederlands Bestuursrecht', algemeen deel, Alphen aan den Rijn, 1974, blz. 150 e.v. Suyling, zakenrecht blz. 144/5
  - 20 Asser-Beekhuis I Zakenrecht, blz. 80, H. van der Linden, Praedvies NJV 1963, Ia, blz. 162
  - 21 A. Pitlo, Het Zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Zwolle 1965, blz. 47
  - 22 Dit in tegenstelling tot Meijers' opvatting in 'Publiek domein en zaken buiten den handel' Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II, blz. 109
  - 23 Het gaat hier om het begrip ten openbare dienste bestemde zaak in het algemeen, artikel 13 en 14 van de Wegenwet blijven daarbij buiten beschouwing
  - 24 Zie onder Inhoud
  - 25 Vgl. B. de Goede, Het beheer in het waterstaatsrecht, diss., blz. 28. Met de opmerking dat de systematiek der Wegenwet op dit punt weinig juist is, kan ik geheel instemmen. Een redactie ongeveer als volgt ware volgens De Goede juister geweest: 'Een weg is openbaar wanneer de rechthebbende daaraan de bestemming van openbare weg heeft gegeven. Deze bestemming wordt aanwezig geacht wanneer de weg I na het tijdstip van dertig jaren enz., II na het tijdstip van tien jaren enz. Deze vermoedens lijden uitzondering, wanneer enz.' Zie ook de uiteenzetting van De Goede op blz. 25 van zijn boek, waar hij de artikelen 1 en 47 bespreekt van het Reglement op de waterleidingen in Noord-Brabant, m.n. waar hij wijst op 'tot dat dienen bestemd zijn' en zijn bespreking op blz. 27 van het arrest van de Hoge Raad van 2 nov. 1908, W. 8765
  - 26 Zie De Goede, a.w., blz. 27 e.v.
  - 27 Diss., blz. 54
  - 28 Vgl. De Goede, a.w., blz. 113
  - 29 In zijn artikel 'De grond als grensgebied van publiek- en privaatrecht', in de Beekhuisbundel 'Op de grenzen van komend recht', 1969, blz. 129 en 130, en in Handelingen NJV deel I, tweede stuk, 1973, blz. 29
  - 30 Over het rechtskarakter van het bestemmingsplan wordt onder aanhaling van uitgebreide literatuur een uitvoerige uiteenzetting gegeven door N. S. J. Koeman in 'Bestemmingsplan en privaatrecht', Kluwer 1974, blz. 5-24. Zie ook K. B. van 30 december 1954 no. 44, AB 1955, blz. 322 e.v. en G. E. de Jongste in *Bouwrecht* 1972, blz. 221 e.v. over 'Grenzen in de Ruimtelijke Ordening'
  - 31 Vgl. P. de Haan in Handelingen NJV, deel I, tweede stuk 1973, blz. 29. Zie ook de Toelichting ad artikel 5.3.8 OBW. Er blijft nog een vraag: welk orgaan is bij Rijk, provincie en waterschap bevoegd die bestemming te geven? Deze organieke vraag behoeft hier geen antwoord. Een uitzondering zou men kunnen zien in artikel 79, zesde lid, tweede volzin, van de Ruilverkavelingswet 1954
  - 32 Blz. 10
  - 33 Vgl. Donner, blz. 154

## *I, Par. 2. Openbaarheid — Tenietgaan*

1. Zie voor tenietgaan van beheer, De Goede, diss. blz. 125-128.
2. Zie hierboven onder Ontstaan. Damen a.w. blz. 47, spreekt wel van verjaring.
3. Zie Damen, a.w. blz. 48.

## *I, Par. 3. De belangrijkste wettelijke bepalingen*

1. Zie D. en C. Kooiman, Handleiding voor studie en praktijk met betrekking tot de Wegenwet, Alphen aan den Rijn 1940, blz. 1-8.
2. Editie Schuurman en Jordens, no. 105.
3. Wet van 31 juli 1930, Stb. 344.
4. Zie Damen, a.w. blz. 84-99.
5. Wet van 31 mei 1937, Stb. 522.
6. Deze Wet en het Rijkswegenreglement zijn opgenomen in de editie Schuurman en Jordens, no. 38.

# noten bij hoofdstuk II

## *II, Par. 1. Inleiding*

1. Deze regel is zo ruim geformuleerd, dat nadere onderverdeling van de ten openbare dienste bestemde zaken niet nodig is. Zo is hij onverminderd van kracht als het gaat over wat men in Duitsland 'Sachen in Gemeingebrauch' noemt en wanneer het 'Anstalten' betreft. Hij is zelfs van toepassing op zaken die in het geheel niet door het publiek gebruikt worden.
2. Aangezien de beheerder waterstaatsrechtelijk de voor het waterstaatswerk, dus ook dat waarvan een ander eigenaar is, verantwoordelijke instantie is, wordt in dit hoofdstuk niet nader ingegaan op de onderhoudsplichtige van de openbare weg. In hoofdstuk V zal de betekenis van deze aan de orde komen.

## *II, Par. 2. De eigenaar van de openbare weg en het wegenverkeersrecht*

1. Openbare wegen zijn gecreëerd in verband met de verkeersbehoefte. Zie De Goede's artikel 'De straat in het Wetboek van Strafrecht' in de bundel 'De mens in het recht', blz. 116.
2. Zie De Goede, Het beheer in het waterstaatsrecht, blz. 66.
3. Zie voor het begrip 'iedere belanghebbende' in artikel 135 RVV de beschouwingen van Advocaat-Generaal Van Oosten in zijn conclusie voor het arrest van de H.R. van 4 maart 1958 NJ 1958, 300, over 'ieder belanghebbende' in artikel 3 WVV (oud). 'Onder belanghebbende (in artikel 3, tweede lid WVV) moet worden verstaan hij, die een persoonlijk belang heeft bij de vernietiging of verbetering van een besluit', zegt het Koninklijk besluit van 12 jan. 1973, no. 13, AB 1973, 159. Zie ook K.B. 8 mei 1958, no. 16, AB 1958, blz. 744, TvO 1958, blz. 277. Vgl. K.B. 4 juni 1975, no. 28, AB 1975, 198 m.n. St. en K.B. 19 maart 1976, no. 38, AB 1976, 169 m.n. St.
4. Zie M. Troostwijk in *Verkeersrecht* 1954, blz. 21 e.v., J.G. Duchemin, idem, blz. 90; publicatie in *De Nederlandse Gemeente* 1954, blz. 160 aan een van de Minister van Verkeer en Waterstaat door de VNG gericht schrijven; Damen a.w., blz. 22, H.R.

29 juni 1955, NJ 1955, 549 Voor wedstrijden met voertuigen op wegen zie art 24 WVV

- 5 Met betrekking tot de gebruikers van de weg, tot wie uiteraard ook de eigenaar kan behoren, zij verwezen naar de beschouwingen in dit hoofdstuk onder par 4

## II, Par 3 De eigenaar en de beheerder van de openbare weg

- 1 Het eerste ontwerp werd op 16 juni 1896 bij de Tweede Kamer ingediend Dit werd ingetrokken Op 3 november 1898 werd een nieuw ontwerp ingediend Dit leidde tot de wet van 10 november 1900, 'houdende algemene regels omtrent het waterstaatsbestuur', bij wijzigingswet van 1923 veranderd in 'Waterstaatswet 1900' Voor een chronologisch overzicht met vermelding van vindplaatsen van de totstandkoming der Waterstaatswet 1900 zij verwezen naar D Kooiman, Waterstaatswetgeving, Alphen aan den Rijn 1928, tweede herziene druk, eerste deel, blz 267-272 Zie bovendien De Goede, Het beheer in het waterstaatsrecht, blz 19 en de aldaar aangehaalde verwijzingen, dezelfde schrijver in *Verkeersrecht* 1954 in zijn artikel 'Beheer, onderhoud en aansprakelijkheid', blz 17
- 2 MvT blz 7
- 3 De Goede, diss blz 131
- 4 Idem, blz 82 Omschrijving is ontleend aan het bepaalde in artikel 209 sub h van de gemeentewet Vgl Hof Arnhem, 10 nov 1965, NJ 1966, 478 betreffende de betekenis van het woord beheer in art 1 Verkeerswet tegen lintbebouwing
- 5 De Goede, blz 55
- 6 Zie artikel 16 Wegenwet
- 7 In zijn brief van 20 januari 1930 aan de Vaste Commissie voor openbare werken, verkeers- en waterstaatsaangelegenheden uit de Tweede Kamer der Staten Generaal gebruikt de Minister van Waterstaat evenwel tot tweemaal toe het woord 'wegbeheerders' in onderdeel III Zie bijlage III van het Verslag van voornoemde Commissie, blz 4

De term 'beheer' is opzettelijk vermeden schrijft F G Scheltema in hoofdstuk II 'De zaken der openbare lichamen' van *Nederlandsch Bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn, 1932

- 8 Diss blz 85 en 86 Damen merkt met een verwijzing naar Schilthuis op blz 65 van zijn proefschrift op, dat naar zijn oordeel de aangehaalde stelling van De Goede te ruim is, erop wijzende, dat 'het enkele feit, dat een bestuur of een particulier een waterstaatswerk in beheer heeft niet voldoende (is) voor een bevel krachtens artikel 38 van de Waterstaatswet 1900' Sinds de wijziging van dit artikel in 1963 is hierin wel voldoende grondslag gelegen Op de mate waarin de verantwoordelijkheid van de beheerder zich civielrechtelijk uitstrekt wordt in hoofdstuk V ingegaan
- 9 Zie met betrekking tot het aanbrengen van verbeteringen De Goede, diss, blz 75, een verbetering mag het werk niet van karakter veranderen
- 10 Zie ook De Goede, diss, blz 63 e v
- 11 Over de wijze waarop beheer ontstaat zij verwezen naar De Goede, diss, blz 112 e v, m n vermeldende op blz 113 opdracht, overeenstemming en aantrekkings
- 12 Dat de Wegenwet geen bepaling terzake van het beheer heeft opgenomen, vloeit zoals vermeld voort uit het feit, dat de Wegenwet in het geheel niet spreekt van beheer
- 13 Diss, blz 81
- 14 Zie C W van der Pot, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door A M Donner, 9e druk, Zwolle 1972, blz 268 noot 1 en blz 280
- 15 Laatstelijk daterend van 14 januari 1971, Stb 42, evenals de Waterstaatswet 1900 opgenomen in de editie no 38 van Schuurman en Jordens
- 16 Wet en reglement zijn ook opgenomen in de editie Schuurman en Jordens, no 38 Verwezen zij bovendien naar De Goede, die op blz 63 van zijn dissertatie vermeldt, dat het Rijkswegenreglement politievoorschriften geeft voor uitsluitend eigen beheer Overigens geeft dit reglement ook 'verkeersbepalingen', m n in de artikelen 6 lid 2, 10, 11 en 11 bis Het valt te betwijfelen of deze naast de Wegenverkeerswet kunnen bestaan Zie Winsemius en Hube, Inleiding tot het waterstaatsrecht, blz 243

- 17 De vraag rijst, of de verkeerswetgever zich voldoende rekenschap gegeven heeft van de inhoud van de werkzaamheden welke tot de bevoegdheid van de beheerder en van die welke tot de bevoegdheid van de onderhoudsplichtige behoren. Vgl. R.J. Polak, Inleiding tot het wegenverkeersrecht, deel I, blz. 139.
- 18 In 'Het Waterschap', maandblad van de Zuid-Hollandsche Waterschapsbond, 1936, blz. 32/33.
- 19 Op blz. 64 e.v..
20. Zie Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht no. XXIX, 1954. Het prae-advies van Van Wijk is herdrukt in de bundel 'Besturen met recht'. Een keuze uit het werk van H.D. van Wijk Ver. van Ned. Gemeenten, 's-Gravenhage 1974, blz. 9-54. Het verslag van de vergadering is opgenomen in no. XXX van voormelde Geschriften.
- 21 Voornoemde Geschriften XXX, blz. 20 en 43
22. Voornoemde Geschriften XXX, blz. 35.
- 23 AB 1970, blz. 376 De gesignaleerde ontwikkeling blijkt zich ook op andere terreinen aan te dienen. Zo zijn er gevallen in Nederland bekend, dat op rijkswegen snelheidsbeperkingen zijn opgelegd via verbodsborden ter voorkoming of vermindering van geluidshinder in aangrenzende woningen.
24. Uit het feit, dat sinds de invoering van het Reglement verkeersregels en verkeerstekens in 1966 artikel 4 van het Wegenverkeersreglement is vervallen welke bepaling uitdrukkelijk aangaf dat bepaalde maatregelen in het belang van de *vrijheid van het verkeer of de veiligheid op de wegen* konden worden genomen, dient niet te worden afgeleid dat deze grondslagen vervallen zouden zijn. Daartoe zij met name verwezen naar artikel 1 RVV en artikel 25 Wegenverkeerswet
25. Met name bij onderhoud speelt het financiële aspect een belangrijke rol. Op het onderscheid beheer-onderhoud behoeft nu overigens niet nader ingegaan te worden. Verwezen zij naar hoofdstuk V. Zie verder De Goede, *Verkeersrecht* 1954, blz. 17 e.v.
26. Voornoemde Geschriften XXIX, blz. 99 (Van Wijk).
27. Idem, blz. 100.
28. Diss., blz. 83.
- 29 Zie ook De Goede in *Verkeersrecht* 1954 blz. 19, linker kolom.
30. NJ 1957, 220.
31. Terzake van optreden door rijksorganen zij verwezen naar Van Wijk, voornoemde Geschriften XXIX, blz. 66 e.v. en het daar aangehaalde arrest van de Hoge Raad d.d. 11 maart 1929, W 11977 inz. artikel 453 Wetboek van Strafrecht.
32. Diss., blz. 65.
- 33 Voornoemde Geschriften XXX, blz. 35.
- 34 De bepalingen welke de beheerder in zijn beheersarbeid de nodige sancties verschaffen, m.n. politiedwang, hebben meestal geen betrekking op de hier bedoelde activiteiten. Verwezen zij naar het Rijkswegenreglement, dat in artikel 18 de tot politiedwang – steunende op artikel 3 van de Wet tot vaststelling van bepalingen betreffende 's Rijkswaterstaatswerken van 1891 – bevoegde ambtenaren aanwijst, de diverse provinciale wegenreglementen en verschillende gemeentelijke politieverbodsbepalingen.
35. In artikel 3 van het Rijkswegenreglement is bepaald dat door of vanwege de Minister van Verkeer en Waterstaat rijkswegen gesloten verklaard kunnen worden in het belang van het doelmatig en veilig gebruik daarvan. Praktijk is dat zulk een gesloten-verklaring aangegeven wordt met borden, welke de verkeerswetgever heeft vastgesteld. Het woord 'doelmatig' biedt ruimte voor een (te?) grote vrijheid. Zoals uit het navolgende zal blijken dient mijns inziens de beheerder te blijven binnen de grenzen van artikel 6 Wegenwet.
36. Zie De Goede, 'De straat in het Wetboek van Strafrecht', in de bundel 'De mens in het recht', blz. 116 en 'Straten in soorten' in *Bestuurswetenschappen* 1975, blz. 206.

## II, Par. 4 De eigenaar en de gebruiker van de openbare weg – Recht van gebruik of recht op gebruik

1. In vele gevallen is eigendom en beheer in één hand, heeft het Rijk beide hoedanigheden, dan worden de activiteiten verbonden aan de diverse hoedanigheden niet door

- een departement (dienst) uitgeoefend (beheer door rijkswaterstaat en eigendom door domeinen)
- 2 E M Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden 1958, blz 70-98, m n blz 83-85
  - 3 Asser-Rutten III (*De verbintenis uit de wet*), blz 54 e v
  - 4 Blz 8
  - 5 AA XIII, blz 56
  - 6 Soms spreekt men in de doctrine wel van een 'recht' dat de gebruikers van een ten openbare dienste bestemde zaak zouden hebben, zonder duidelijk te stellen of men dan aan een subjectief recht in civiele zin denkt, zo bijvoorbeeld Van der Wel, *Handelingen NJV*, 1963 I, blz 131, Schepel, diss., blz 1 en 2, F G Scheltema, *De openbare weg en de beperking van den eigendom*, in RM 1920, blz 264
  - 7 P de Haan, 'Grond als grensgebied van publiek- en privaatrecht' in 'Op de grenzen van komend recht', Beekhuis bundel, Deventer/Zwolle 1969, blz 139 Het wettelijk toedelingsrecht bij de ruilverkaveling noemt hij eveneens een subjectief publiek recht, dezelfde bundel, blz 136
  - 8 R J Polak stelt op blz 11 van deel 1 van zijn 'Inleiding tot het wegenverkeersrecht' 'het belangrijkste en definierende rechtsgevolg der openbaarheid (is) de algemene toegankelijkheid in de zin van afdwingbaar subjectief publiek recht'
  - 9 A w blz 24
  - 10 Nederlands Bestuursrecht, Algemeen deel, 1971, (derde ongewijzigde druk), blz 155 In de vierde, herziene druk van 1974 staat op blz 158 cryptisch 'Verlangt men om van een recht te kunnen spreken, de aanwezigheid van een rechtsmiddel, dan zou het naar Nederlands recht eerst verantwoord zijn daarvan te spreken, sinds de gewone rechter zijn bevoegdheid, vooral in kort geding, steeds breder opvat met betrekking tot overheidshandelen
  - 11 H van der Linden, *Handelingen der NJV* 1963, Ia, eerste stuk blz 192 e v
  - 12 L J van Apeldoorn, *Inleiding tot de studie van het Nederlands Recht*, zeventiende druk, bewerkt door J C M Leyten, Zwolle 1972, blz 163-166
  - 13 J H P Bellefroid, *Inleiding tot de rechtswetenschap in Nederland*, zesde druk, Nijmegen/Utrecht 1950, blz 168
  - 14 A M Donner, a w blz 239
  - 15 Idem, blz 239
  - 16 J Ph Suyling, *De subjectieve rechten in het positieve privaatrecht en publiekrecht*, Haarlem 1949, blz 31-32
  - 17 In 1905 verscheen een tweede, vermeerderde druk van dit boek In 1919 werd van deze tweede druk een anastatische herdruk gemaakt en in 1963 verscheen bij de 'Wissenschaftliche Buchgesellschaft' te Darmstadt een foto-mechanische herdruk van de tweede druk Naar deze herdruk wordt in het vervolg verwezen
  - 18 Zie m n blz 81-93 Onder de door Jellink genoemde status negativus dienen de grondrechten gerangschikt te worden
  - 19 Zie E Forsthooff, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Erster Band, Allgemeiner Teil, 10, neubearbeitete Auflage, Munchen 1973, blz 186, noot 1
  - 20 Hugo Waser, *Das Recht der öffentlichen Sachen im Kanton Nidwalden*, diss Zurich 1967, blz 15
  - 21 A w blz 392 In de vorige druk (1966) op blz 363
  - 22 A w blz 190
  - 23 Zie B de Goede, waar hij op blz 34 van zijn proefschrift een citaat van C W van der Pot aanhaalt Verwezen zij ook naar de beschouwingen van dezelfde schrijver in 'De Nederlandse Gemeente', 1972 over 'De duldingsplichten van de rechthebbende op de openbare weg', blz 365 e v F G Scheltema vermeldt in *Nederlands Bestuursrecht* 1932, op blz 122 in noot 2 'In de Wegenwet is opzettelijk het gebruik van den term "beheer" vermeden, de term "beheerder" wordt daarin "vertaald door het gezag, dat heeft te zorgen, dat de weg in goeden staat verkeert"', zie de artikelen 16, 17 en 30 sub X'
  - 24 Bij toepassing van de in artikel 3 Rijkswegenreglement toegekende bevoegdheid tot geslotenverklaring van rijkswegen door of namens de Minister kan m i dan ook voor openbare wegen niet verder gegaan worden dan artikel 6 Wegenwet toelaat Vgl Donner, a w, blz 152

- 25 MvT blz 8
- 26 Vgl B de Goede 'De duldingsplichten van de rechthebbende op de openbare weg' in 'De Nederlandse Gemeente', 1972, blz 365 en 366
- 27 Hetgeen ten aanzien van het bepaalde in lid 1 is gezegd, gaat ook onverminderd op voor lid 2 van artikel 14 Wegenwet

*II, Par 4 De eigenaar en de gebruiker van de openbare weg — Betekenis van de aanspraak op algemeen of normaal gebruik*

- 1 Zie ook Suyling, Inleiding tot het Burgerlijk recht, 5e stuk, Zakenrecht 1940, no 135 en J H Beekhuis in zijn noot bij arrest van H R van 19 jan 1962, 151 Buiten beschouwing blijft hier de vraag of deze aanspraak zich niet verder zou moeten uitstrekken dan het normaal gebruik Zie B de Goede in 'De straat hoort allen' *Bestuurswetenschappen* 1971, m n blz 196 e v
- 2 Korthedshalve beperk ik mij tot de rechthebbende en haal ik beheerder en onderhoudsplichtige niet steeds aan
- 3 De eigenaar is niet gehouden *alle* gebruikers rails te laten leggen en exploiteren Die gehoudeheid (in welke vorm dan ook gecreëerd) geldt alleen ten aanzien van degene jegens wie hij zich verplicht heeft Doordat deze laatste bijvoorbeeld een tram exploiteert, komt een nieuw soort 'verkeer' in omloop, komen er als het ware nieuwe gebruikers, ten aanzien van wie ook artikel 14 lid 1 toepassing vindt
- 4 Met Damen, a w blz 17, ben ik het eens, dat uit de plaatsing van artikel 14 in Hoofdstuk III blijkt, dat in dit artikel niet de gehele inhoud van de openbaarheid is weergegeven Juist omdat dit geschrift m n ziet op de civiele gevolgen, beperk ik mij daarin zoveel mogelijk tot de daarvoor direct van belang zijnde bepalingen Bovendien is reeds eerder — in hoofdstuk I — duidelijk opgemerkt, dat de wet omtrent de inhoud van het begrip openbaarheid zich nauwelijks uitlaat
- 5 Zie J A M van Angeren, De gewone rechter en de administratieve rechtsgangen, ac prft Leiden 1968, blz 84 85 en 96-99 alsook noot Stellinga onder het arrest H R 16 maart 1973, AB 1973, 117, blz 281, rechter kolom en de door deze genoemde jurisprudentie
- 6 Bepaalde activiteiten zijn soms geregeld voor het houden van een wedstrijd met voertuigen kan ingevolge het bepaalde in artikel 24 lid 4 Wegenverkeerswet onthefing verleend worden Artikel 4 Rijkswegenreglement bepaalt 'het is verboden zonder vergunning, verleend door of vanwege Onze Minister, van de Rijkswegen gebruik te maken tot het houden van wedstrijden, tentoonstellingen, paarden- of veekeuringen, feesten, markten of kermissen en tot het plaatsen van kramen, of tenten, of tot het innemen van een vaste standplaats met woonwagens, handwagens, karren of dergelijke' Provinciale wegenreglementen houden eveneens soortgelijke bepalingen in Niet is steeds duidelijk in welke mate deze zich verdragen met de verkeerswetgeving Ook de verhouding tot bepalingen in het Wetboek van Strafrecht roept vraagtekens op
- 7 NJ 1955, 549
- 8 Dit proefproces werd uitgelokt op instigatie van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat door een ambtenaar van Rijkswaterstaat op, zoals uit het arrest blijkt, zodanige stellingen dat de zaak wel moest mislukken Tevoren had ditzelfde Ministerie aan de gemeente Etten en Leur (sinds 1 januari 1968 Etten-Leur geheten) vergunning gegeven voor het houden van de betrokken motorwedstrijd op de openbare weg Deze gemeente hief belasting op grond van een koninklijk goedgekeurde verordening
- 9 K B van 1 juli 1970, no 12, AB 1971, 34 m n St
- 10 K B van 21 februari 1973, no 27, A B 1973, 118 m n St
- 11 AB 1973, blz 339
- 12 K B van 2 januari 1974, no 32, AB 1974, 129 m n St
- 13 Ingevolge het bepaalde in artikel 7 sub I Wegenwet heeft een weg opgehouden openbaar te zijn, wanneer hij gedurende dertig achtereenvolgende jaren niet voor eenieder toegankelijk is geweest
- 14 Voor een nadere uiteenzetting zij verwezen naar J van Baars 'Point d'interêt, point d'action', diss V U Amsterdam 1971, met name hoofdstuk IX, blz 159 e v



- 15 Zie H R 12 februari 1940, NJ 1940, 622
- 16 J H Beekhuis in noot onder arrest H R 18 juni 1965, NJ 1966, 474 blz 1398 rechter kolom Het doel waarmede verkeer geschiedt, blijft buiten beschouwing
- 17 Zie Donner, Ned Bestuursrecht, Alg DI blz 158
- 18 Handelingen der Staten Generaal Bijlagen 1927-1928 no 362, 8,9,10
- 19 Met R J Polak ben ik het niet eens, dat artikel 6 Wegenwet — zoals hij op blz 12 van deel 1 van zijn 'Inleiding tot het wegenverkeersrecht' zegt — het beginsel van het niet rechtsgeldig kunnen heffen van een retributie inhoudt, waaraan de artikelen 52 e v zouden derogeren met betrekking tot de rechtsgeldigheid van ten tijde der invoering van de Wegenwet bestaande tolrechten Het beginsel ligt niet in artikel 6, maar in artikel 53 Wegenwet, artikel 6 is een bepaling van — wat men zou kunnen noemen — constaterende aard, waarin de mogelijkheden van beperkingen in het gebruik worden opgesomd De visie van Polak vindt ook geen steun in de geschiedenis van de totstandkoming der artikelen 6 en 53 e v Wegenwet
- 20 Zie ook Nederlands Bestuursrecht II, Binnenlands Bestuur, 1962, blz 238, overigens werd bij die brug wel het woord 'tol' gebruikt Het begrip tol komt voort uit het algemeen taalgebruik De term 'bruggeld' heb ik ontleend aan de tussen de Staat der Nederlanden en de N V Brugverbinding 'Haringvliet' in juli 1960 gesloten overeenkomst

## II, Par 4 De eigenaar en de gebruiker van de openbare weg — Bijzonder gebruik (a, b, c)

- 1 De Hoge Raad spreekt in zijn arrest van 19 januari 1968, NJ 1968, 166 van 'het gebruik van voor de openbare dienst bestemde zaken dat in beginsel voor ieder openstaat' en van 'bijzondere gebruiksrechten welke aan bepaalde personen bij overeenkomst ten aanzien van zodanige zaken worden toegekend' In zijn arrest van 19 januari 1962, NJ 1962, 151 onderscheidt de Hoge Raad tussen normale bestemming en bijzondere bestemming Beter ware het mijns inziens ook hier te spreken van een — ingevolge de gegeven bestemming — normaal gebruik en bijzonder gebruik In het arrest van het Hof te Arnhem d d 10 november 1965, NJ 1966, 478 wordt van 'normaal verkeer' gesproken, naar mijn gevoelen doelt het Hof hiermede op hetzelfde als wat in dit geschrift onder normaal gebruik van de weg wordt verstaan Betreffende de aanknopingspunten die de doctrine biedt kan verwezen worden naar Donner, Ned Bestuursrecht, Alg DI, blz 159, naar Vegting, Administratief recht, Tweede deel, blz 321 en naar het hoofdartikel in de nummers 5981 t/m 5984 van *De Gemeentestem*
- 2 Zie P de Haan in de Beekhuisbundel 'Op de grenzen van komend recht', Deventer/Zwolle 1969, blz 139 en B de Goede, 'De straat hoort alleman' in *Bestuurswetenschappen* 1971 blz 97 e v met als ondertekening 'Juridische aspecten van straatgebruik' Zie ook conclusie Adv Gen Bakhoven voor het arrest Hoogeloon, NJ 1966, blz 1198
- 3 Zie Van den Bergh en Van Wijk, *Ars Aequi*, 1959/1960, blz 181, conclusie Adv Gen Bakhoven bij het arrest van de H R van 2 februari 1966, NJ 1966, 415, blz 1198 en noot onder dit arrest van N J Polak, blz 1202, linker kolom Anders B de Goede in 'De duldingsplichten van de rechthebbende op de openbare weg', *De Nederlandse Gemeente* 1972, blz 365 e v
- 4 Zie, ook voor dit citaat, B de Goede in het artikel dat in de vorige noot vermeld wordt De Goede geeft hierin een historisch belangwekkende en verhelderende beschouwing Met zijn conclusies kan ik overigens niet instemmen
- 5 Zie Bijlage II van de Memorie van Toelichting bij het definitief ontwerp-Wegenwet, blz 36
- 6 Hoe de afweging binnen het verkeersgebruik zelf plaats vindt is een vraag die de verkeerswetgever regardeert De laatste tijd is een tendens waarneembaar welke het gemotoriseerd verkeer niet steeds op de eerste plaats stelt, te denken valt aan de invoering in het RVV van het begrip 'woonerf' bij besluit van 27 augustus 1976
- 7 Zie de formulering van de Hoge Raad in zijn arrest van 20 maart 1931, NJ 1931, 941 m n F M M
- 8 Enige verandering van opvatting is waar te nemen In de praktijk blijkt dat bij het

- nemen van verkeersmaatregelen andere aspecten in de afweging betrokken worden. Vraag is wel of dit rechtens houdbaar is zonder wetswijziging. Ook in de literatuur wordt sporadisch de aandacht gevestigd op andere aspecten, zie de Haan, *Op de grenzen van komend recht*, blz. 139, B. de Goede in *'De straat hoort alleman'*, *Bestuurswetenschappen* 1971, blz. 97 e.v. en G.J.M. Cartigny, *Publiek domein en grondrechten*, TvO 1975, blz. 276 e.v..
9. Verwezen kan worden naar de Vakstudie Belastingwetgeving, Kluwer/Noorduijn, Gemeentelijke belastingen e. a.
  10. Zie Hoge Raad 2 februari 1966, NJ 1966, 415 (Hoogeloon) en H.R. 19 januari 1968, NJ 1968, 166 (Benzinepompstation Eindhoven).
  11. Publiekrechtelijk zijn voor dit soort gebruik bepalingen opgenomen in het Rijkswezenreglement, de provinciale wegenreglementen en gemeentelijke verordeningen, meestal algemene politieverordeningen. Het betreft daar verboden om zonder vergunning een en ander te doen. Hieruit blijkt reeds dat de publieke bestemming niet een dergelijk handelen zonder meer impliceert.
  12. Het is duidelijk, dat de wetgever hier gedacht heeft aan een straat waaraan woningen liggen.
  13. NJ 1942, 230 en *De Gemeentestem* no. 4726, zie ook 'De belastingen der gemeente' door J.C. Timmermans en B.J. Thijssen, 4e druk 1971, blz. 315.
  14. In tegenstelling tot de annotator onder dit arrest in de Nederlandse Jurisprudentie, J.H. Beekhuis, ben ik van mening, dat het wel degelijk verschil maakt of de Staat als eigenaar al dan niet een bestemming in het leven heeft geroepen van een ten openbare dienste bestemde zaak. Zou de Staat-eigenaar het IJsselmeer uitdrukkelijk bestemd hebben ter opvang van rioolwater, dan wil dit niet zeggen dat hij nooit bevoegd zou zijn die bestemming op te heffen of te beperken, maar wel dat hij als eigenaar met de uit die bestemming voortvloeiende gevolgen rekening dient te houden (vgl. opheffing openbaarheid van weg) en b. dat hij, indien hij in zijn kwaliteit van beheerder deze bestemming wil beperken, dit aldus dient te doen dat met de belangen van de gebruikers overeenkomstig die bestemming voldoende rekening wordt gehouden. Hij kan het gebruik niet teniet doen. De vraag hoe een zaak ten openbare dienste bestemd wordt kan op verschillende wijzen beantwoord worden, zolang geen wettelijke regeling daarin heeft voorzien. Verschillende mogelijkheden zijn denkbaar: 1. de eigenaar bestemt, 2. de overheid bestemt op grond van haar publiekrechtelijke bevoegdheid, waarbij zij overgens wel rekening dient te houden met de haar opgelegde grenzen, (in artikel 165 Grondwet en de voor de lagere wetgever in verband met artikel 625 BW beperkte bevoegdheden), 3. eigenaar en overheid geven samen de bestemming. Voor de wijzen waarop dit laatste kan geschieden zijn ook verschillende oplossingen te geven: bijvoorbeeld initiatief van de een en sanctie van de ander, samenwerking van beide instanties op hetzelfde niveau. Zie De Goede, diss. blz. 113 e.v..
  15. De aangelegenheid welke in deze casus met name problematisch is en zal blijven is het door elkaar hutselen van privaatrecht en publiekrecht. Regelmatig blijken overheidslichamen niet te onderscheiden tussen publiekrechtelijke bevoegdheden (bijvoorbeeld in APV of belastingverordening tot uitdrukking komende) en privaatrechtelijke (zoals het sluiten van overeenkomsten met betrekking tot een in eigendom behorende zaak). Het koppelen of afhankelijk stellen van het een aan resp. van het ander roept vraagtekens op.
  16. Zie ook *Ars Aequi* XVII, blz. 189 m.n. M. Troostwijk. Over dit arrest is heel wat gepubliceerd. Zie J.B. Sens, 'Geld breekt wet' in TvO 1968, blz. 146 e.v., J. in 't Veld in TvO 1968, blz. 209, J.R. Stellinga in TvO 1968, blz. 241 e.v., *De Gemeentestem* 1958, no. 5984, blz. 57 e.v., G.A. van Poelje in *De Nederlandse Gemeente* 1968, blz. 162 e.v., M. Troostwijk in de bundel 'Op de grenzen van komend recht', blz. 262/263.
  17. Terzake van belastingheffing zij verwezen naar artikel 20 van Wet op de motorrijtuigenbelasting 1966, waarin sinds de wijziging van 24 december 1970, Stb. 608 mogelijkheden geschapen zijn voor gemeenten om 'rechten te heffen'. De beperking tot een 'matige winst' gaat voor deze 'rechten' niet op. Artikel 279 gemeentewet. In Blauwe reeks no. 56, uitgave van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, werd een 'model parkeer- en parkeergeldverordening' gepresenteerd.

- 18 Zie Asser-Beekhuis II, blz 146 en de daar aangehaalde literatuur en rechtspraak, alsook conclusie Adv Gen Bakhoven bij arrest Hoogeloon Volgens Damen, Gerbrandy, De Goede, Prins en Suyling legt artikel 14 Wegenwet de plicht op aan de eigenaar van een openbare weg het van terzijde betreden van zijn weg toe te staan Deze visie wordt niet gedeeld door Beekhuis, G van den Bergh, Donner, Nijssen, N J Polak, Van Wijk en de red van *De Gemeentestem*
- 19 Zolang het bestemmingsplan niet gerealiseerd is, ontbreekt de grond voor het uitvoering geven aan deze functie De functie is er dan immers nog niet Mocht de weg aangelegd zijn en de huizen nog niet gebouwd, dan is de weg nog geen woonstraat Reeds eerder werd gesteld, dat het woord 'bestemming' in de zin van de Wet op de Ruimtelijke Ordening niet ziet op 'ten openbare dienste bestemd zijn' zoals dit in de Wegenwet verstaan wordt
- 20 Vgl Hof 's-Gravenhage, 25 oktober 1973, BNB 1974, 214, gewezen in verband met een precarioheffing voor het hebben van een inrit
- 21 NJ 1966, 415, m n N J P AB 1966 blz 579 e v m n St , AA XVI, blz 137 m n W F P , WPNR 4969 blz 448/449 besproken door Gerbrandy
- 22 H A Nijssen in TvO 1966, blz 125 e v , J R Stellinga in TvO blz 137 e v , H J M van de Schans, *Bouwrecht* 1966, blz 333 e v , vgl dezelfde in zijn 'Verhaal van grondkosten door gemeenten', blz 171-177, S Gerbrandy in WPNR 5067 blz 21 (Jubileumnummer 'De Overheid in het privaatrecht') H H Bod in *Bouwrecht* 1975 blz 779 en C Oomen in *De Gemeentestem* 6404 en 6405
- 23 Wet van 31 mei 1937, Stbl 522
- 24 Asser-Beekhuis II, blz 146, Smalbraak in 'Burenrecht en erfdiensbaarheden', blz 58/59 en voor het geciteerde zijn artikel in *Bouwrecht* 1975, 'Burenrecht en bouwperceel', blz 792, H R 16 februari 1912, W 9323 en 15 maart 1937, NJ 1937, 780 Artikel 715 BW kwam bij de tot standkoming van de Verkeerswet tegen lintbebouwing even ter sprake In dat verband werd duidelijk gesteld dat de Regering ervan uitging, dat dit artikel geen recht tot uitweg verschaft Zie Handelingen der Staten Generaal, Eerste Kamer, 49ste vergadering, vel 185, blz 681/682 In Hoofdstuk III komen de bepalingen van het burendrecht nog aan de orde
- 25 De Memorie van Toelichting bij de Wegenwet (blz 11) wijst er slechts op, dat het niet nodig moet zijn, na het verkrijgen van een vergunning voor het werk op grond van een of andere verordening nog een procedure krachtens de Belemmeringenwet Privaatrecht te beginnen In Bijlage II bij deze Toelichting (blz 36) is daaraan nog toegevoegd 'een werk, dat onmiddellijk verband houdt met de bestemming van den weg voor het openbaar verkeer'
- 26 Onder 'wegen' in de Verkeerswet tegen lintbebouwing wordt verstaan 'a wegen of wegvakken, onder beheer van het Rijk, b andere wegen of wegvakken op het Rijks-wegenplan als bedoeld in de Motorrijtuigenbelastingwet voorkomende, waarop, bij beschikking van Onzen Minister, deze wet van toepassing is verklaard, c nog aan te leggen wegen of wegvakken, op het Rijkswegenplan als bedoeld in de Motorrijtuigenbelastingwet voorkomende, waarop, bij beschikking van Onzen Minister, op grond dat aanleg door het Rijk zal plaatshebben, deze wet van toepassing is verklaard' (artikel 1 lid 1) Daarnaast zij verwezen naar het bepaalde in artikel 5 lid 1 sub b van het Rijkswegenreglement Het motief van deze regeling is de zorg voor het werk Dit reglement geeft een regeling voor wegen onder beheer van het Rijk N B Voor 'Motorrijtuigenbelastingwet' dient thans gelezen te worden 'Wet Uitkeringen Wegen'
- 27 Zie Memorie van Toelichting blz 7 De volledige titulatuur van de Verkeerswet tegen lintbebouwing is dan ook 'Wet tot vaststelling van bepalingen tot in het verkeersbelang tegengaan van lintbebouwing langs wegen onder beheer van het Rijk of op het Rijkswegenplan voorkomende'
- 28 Zie Asser-Beekhuis II, blz 48/49 en de daar aangehaalde jurisprudentie
- 29 K B 20 januari 1971 no 60 (Nijmegen), AB 1971, 153 en *Bouwrecht* 1971, blz 197 m n J F Janssen, K B 20 januari 1971 no 59 (Lichtenvoorde), OB 1971, XI 16, no 31340 (frappant is dat het arrest van de H R van 16 februari 1912 ook over een situatie in Lichtenvoorde speelde) K B 29 oktober 1969 Stb 488, AB 1970, blz 43 e v , K B 29 oktober 1975, Stb 600 Verwezen zij naar het onder Hoofdstuk VI gestelde bij het onderdeel 'Commentaar Wet op de Ruimtelijke Ordening' van de onder redactie van F J Beunke, P D H Pijnenburg, J W Scheffer en Th J C Verduin door Sam-

som uitgegeven losbladige editie Woningwet (Wet op de Ruimtelijke Ordening, Alphen aan den Rijn 1963) en naar de onder redactie van R. Crinice Le Roy staande uitgave Ruimtelijke Ordening, onderdeel Woningwet artikelsgewijs commentaar, artikel 3, aantek. 2 en artikel 48, aantek. 4 uitgave Kluwer, Deventer

30 Gepubliceerd in *De Gemeentestem* 1975, no. 6382, blz. 476

31 Dit besluit wordt kritisch doorgelicht in *De Gemeentestem* 1976 no's 6404 en 6405 door C. Oomen in zijn artikel 'Ongemotiveerde aanvallen op het uitwegvergunningstelsel'. Zie ook de hierbij aangehaalde rechtspraak en literatuur. Dit artikel is een reactie op dat van H. H. Bod 'Ondergraving van het publiek recht door het privaatrechtelijke uitwegvergunningstelsel' in *Bouwrecht* 1975, blz. 779 e.v.

## II, Par. 5 Eigendom van de openbare weg bij overheid en particulier

- 1 Voor *beheer* bij overheid en particulier, zie De Goede, Het beheer in het watersstaatsrecht, blz. 62 e.v.
- 2 WPNR, jubileumnummer, 101 ste jaargang no. 5067, d.d. 3 jan. 1970, blz. 17/18
- 3 O.c. blz. 19. Dit Gorsselse bomen-arrest (niet het enige) dateert van 28 april 1961, NJ 1961, 433. Het wordt met commentaar op de visie van Gerbrandy besproken door B. C. Punt in WPNR 1971 nrs. 5150, 5151 en 5152 in zijn artikel 'Een rechtmatige overheidsdaad volgens ongeschreven recht'.
- 4 O.c. blz. 20
- 5 H.R. 19 januari 1962, NJ 1962, 151 m.n. J. H. B.
- 6 Vgl. H.R. 19 januari 1968, NJ 1968, 166 m.n. G. J. S. (Eindhoven-Staals)
- 7 H.R. 4 mei 1966, NJ 1967, 217 m.n. J. H. B.
- 8 Zie ook noot 3 op blz. 56 van De Goede's proefschrift 'Het beheer in het watersstaatsrecht'.
- 9 Zie H.R. 16 december 1920, NJ 1921, 220 en als reactie hierop het zogenaamde interpretatief wette van 18 mei 1929, Stb. 230 (invoeging derde alinea in het toenmalige artikel 238 gemeentewet) en de daarop gedane uitspraak van de H.R. van 17 februari 1932, *De Gemeentestem* 4201, W. 12414. Zie ook H.R. 18 januari 1933, W. 12658 en 21 oktober 1942, NJ 1942, 768.
- 10 Aan het bepaalde in artikel 4 lid 2 van de Jachtwet van 3 november 1954, Stb. 523, kan geen wezenlijke betekenis worden toegekend. Dit bepaalt: 'De Staat is gerechtigd tot het genot van de jacht op gronden ten aanzien waarvan geen eigendomsrecht naar burgerlijk recht bestaat'. Dit artikel — waarin onder gronden ingevolge het bepaalde in artikel 1 lid 2 ook wateren zijn begrepen — was een reactie op een arrest van de Hoge Raad van 20 juni 1927, NJ 1927, 969, betreffende de werking van de Jachtwet 1923.

## II, Par. 6 Verjaring van eigendom van een openbare weg

- 1 Zie o.a. Asser-Beekhuis I Zakenrecht, blz. 81, en De Goede, Het beheer in het watersstaatsrecht, blz. 59.
- 2 H.R. 7 juni 1918, NJ 1918, blz. 717. Dit arrest is uitvoerig besproken door E. M. Meijers in WPNR 2543-2547 in zijn artikel 'Publiek domein en zaken buiten den handel'. Vgl. De Goede, o.c., blz. 59 en 60. Idem blz. 55-58 inzake beheer, onderhoud en eigendom.
- 3 NJ 1950, 3 m.n. Ph. A. N. H.
- 4 Vgl. H.R. 14 december 1906, W. 8472.
- 5 NJB 1928, blz. 815. Zijn opstel luidende 'De titel der verjaring' vangt aan op blz. 777 en wordt vervolgd op blz. 809.
- 6 A. Pitlo, Het zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek, zesde druk, blz. 85.
- 7 Asser-Beekhuis I Zakenrecht, blz. 99. Zie ook L. F. V. Keyzer, Beginselen van het Nederlandse zakenrecht, 1956, blz. 56.
- 8 Zie ook Pitlo, Bewijs en Verjaring, blz. 189.

- 9 Aldus ook Pitlo, Bewijs en Verjaring, blz. 187, die overigens blijkbaar bezit te goeder trouw door occupatie ook bij niet-naleving van de wettelijke voorschriften onbeperkt mogelijk acht Asser-Beekhuis I Zakenrecht acht – in dit verband onderscheidende tussen rechtsdwaling en feitelijke dwaling (blz. 288/9) – eveneens een beroep op 20-jarige verjaring uitgesloten (blz. 292)
10. Zitting 1970-1971 – 3770 blz. 147
11. De passage 'doch niet de eigendom' komt in het Ontwerp Nieuw BW niet voor, zulks in tegenstelling tot het Ontwerp BW. Verwezen zij naar de Memorie van Toelichting ad artikel 5 3 8, blz. 7.
12. Hof 's-Gravenhage 30 november 1973, NJ 1974, 182.
13. Publiek domein en zaken buiten den handel, blz. 62 en 172.

## noten bij hoofdstuk III

1. Blz. 8
2. Asser-Beekhuis II, blz. 124, waar ook rechtspraak vermeld wordt en Smalbraak, Burenrecht en Erfdienstbaarheden, blz. 23, zaak in de zin van het OBW slaat uitsluitend op een lichamelijk voorwerp, zie 3 1 1.1.
3. Asser-Beekhuis I, Zakenrecht blz. 44. Zie ook Smalbraak 'Burenrecht en bouwperceel' in *Bouwwrecht* 1975, blz. 785. Deze schrijft 'Ofschoon de tekst van BW 672-720 de indruk wekt dat men aan een geheel stuk water *niet* heeft gedacht, zijn de genoemde artikelen toch op dit laatste ook van toepassing, zij het niet rechtstreeks, dan toch via de beginselen van de goede trouw en billijkheid.'
4. Artikel 5 4 4 lid 1 regelt de afstand van bomen e d tot de grenslijn 'tenzij (.....) dat erf (.....) een openbaar water is'.
5. Nederduitsch Letterkundig Woordenboek, P. Weiland, Antwerpen, 1845.
6. Middelnederlandsch Woordenboek van wijlen E. Verwijs en J. Verdam, 2de deel, Den Haag, Martinus Nijhoff 1889.
7. Woordenboek der Nederlandsche Taal. Derde deel, tweede stuk, bewerkt door J.A.N Knuttel. Uitgegeven te Den Haag en Leiden, Martinus Nijhoff, A.W. Sythoff, 1916
8. De Eenheid van het Recht, enkele beschouwingen over specialisatie in de rechtswetenschap door J.M. Polak, Zwolle 1958
9. De in dit verband besproken arresten zijn achtereenvolgens: H.R. 16 oktober 1916, NJ 1916, 1181, H.R. 9 december 1947, NJ 1948, 64, H.R. 23 maart 1938, NJ 1939, 76, H.R. 5 januari 1912, W 9308 en H.R. 12 januari 1912, W 9314.
10. Asser-Beekhuis II, blz. 134.
11. Asser-Beekhuis II, blz. 136 en de daar aangehaalde literatuur.
12. W.G. Vegting, Publiek domein en zaken buiten den handel, blz. 264.
13. Asser-Beekhuis II, blz. 123.
14. Zie voor bespreking van oudere rechtspraak hoofdartikel in *De Gemeentestem* 1937, no. 4474 'Boomen langs openbare wegen' Verwezen zij verder met name naar het artikel van B.C. Punt 'Een rechtmatige overheidsdaad volgens ongeschreven recht' in WPNR 1971 nrs. 5150, 5151 en 5152 en de daar aangehaalde rechtspraak en literatuur
15. Asser-Beekhuis II, blz. 140. Anders Smalbraak in zijn artikel 'Burenrecht en bouwperceel', *Bouwwrecht* 1975, blz. 787, naar zijn mening behoeft ook ten opzichte van de openbare weg de afstand niet in acht te worden genomen, tenzij de niet-toepassing onverenigbaar is met de bestemming van de weg. Motivering hiervoor wordt evenmin gegeven.
16. Romeins Privaatrecht door M. Kaser en F.B.J. Wubbe, Tweede, herziene en bijgewerkte druk, Tjeenk Willink, Zwolle 1971, blz. 114 en 115

17. Vegting, Publiek domein en zaken buiten den handel, blz. 181.
18. L.J.D. Féraud-Giraud, Servitudes de voirie, Paris et Aix 1850, 2 tomes.
19. W 6732.
20. H.R. 28 april 1961, NJ 1961, 433.
21. NJ 1961, blz. 957.
22. Rechtbank Dordrecht 31 oktober 1973, *de Pacht* 1974, blz. 185 e.v. en WPNR 1976, nr. 5341, blz. 176/177.
23. Dat de situatie in de gedurende de laatste tijd drooggelegde polders anders is, ligt voor de hand.
24. Asser-Beekhuis II, blz. 124.
25. O.c. blz. 140.

## noten bij hoofdstuk IV

1. H.R. 5 januari 1912, W 9308.
2. W 9086.
3. H.R. 4 mei 1966, NJ 1967, 217 m.n. J.H.B., *Verkeersrecht* 1966, no. 75 m.n. N.J. Polak.
4. AB 1971, 34 m.n. St.
5. NJ 1967, blz. 597 rechter kolom en *Verkeersrecht* 1966, blz. 234, rechter kolom.
6. *Verkeersrecht* 1966, blz. 237, linker kolom.
7. NJ 1967, blz. 600, linker kolom. Vgl. M. Troostwijk in de bundel 'Op de grenzen van komend recht', blz. 257.
8. In het arrest van 19 januari 1962 (De Staat contra de gemeente Huizen) deed zich de andere kant van de medaille voor: De Staat-beheerder kon zich ook op zijn eigenaars-bevoegdheden beroepen. Mijn stelling is nu: aan de aspirant-zakelijk gerechtigde dient zekerheid verschafft te worden, niet alleen doordat de eigenaar de bereidheid toont het desbetreffende zakelijk recht te vestigen, maar ook doordat de beheerder vanuit zijn bevoegdheid eraan medewerkt dat het beperkt zakelijk recht na vestiging uitgeoefend kan worden. De aspirant-zakelijk gerechtigde kan dan een beroep doen op de bevoegdheden die een beheerder – tevens eigenaar – heeft.
9. *Verkeersrecht* 1966, blz. 236, rechter kolom.
10. Aangehaald door Polak in zijn voornoemde noot onder het arrest en in zijn Inleiding tot het Wegenverkeersrecht, deel I, blz. 91. Bij arrest van 15 februari 1918, NJ 1918, 385 en W 10242 gaf de Hoge Raad te kennen dat hij die beweert 'dat de uitoefening van de hier bedoelde rechten met die bestemming niet verenigbaar is, hij dit verweer, waarvan de gegrondheid mede afhangt van de beslissing omtrent feitelijke elementen, had moeten voordragen in de vorige instantie.'
11. In werking getreden op 6 februari 1974.
12. Zie ook het artikel van B.C. Punt in WPNR 5150, 5151 en 5152, Smalbraak in *Bouwrecht* 1975, blz. 787, en het hoofdartikel in *De Gemeentestem* (1937) no. 4474.
13. Artikelen 171 en 172 gemeentewet.
14. Zie b.v. Provinciaal Wegenreglement Drenthe 1958, artikel 7; Groningen 1964, artikel 7; Gelderland 1951, artikelen 5 en 6; Friesland 1966, artikelen 5 tot en met 7; Overijssel 1963, artikelen 6 en 7 en Noord-Holland 1934, artikelen 22 t/m 24.
15. H.R. 15 februari 1918, NJ 1918, blz. 385; W 10242. Beperkte zakelijke rechten op een ten openbare dienste bestemde zaak kunnen door verjaring ontstaan. Zie H.R. 3 juni 1927, NJ 1927, 1141 m.n. P.S.
16. Vgl. Asser-Beekhuis II, blz. 198/199 en de daar aangehaalde literatuur.
17. Zie o.a. H.R. 4 mei 1966, NJ 1967, 217 m.n. J.H.B. (Hinken-Berends contra de Commissaris der Koningin van Overijssel) en H.R. 28 april 1961, NJ 1961, 433 (Gorssele bomen).

# noten bij hoofdstuk V

- 1 Diss, blz 86
- 2 Zie Logemann, Over de theorie van een stellig staatsrecht, Leiden 1947, blz 85 86 92
- 3 Idem, blz 105, 107, 115 en 116 Logemann maakt gebruik van het begrip 'ambtengroep' wanneer er in velerlei opzicht samenhang tussen ambten bestaat welke aanleiding kan geven deze als een eenheid te beschouwen (blz 103) Rijk, provincie en gemeente zijn ambtengroepen de ambtengroep wordt openbaar lichaam, burgerlijk rechtspersoon (blz 105) Bohtlingk bedient zich eveneens van deze terminologie Zie ook artikel 1 van Boek 2 BW (rechtspersonen) en Asser-Van der Grunten II (De Rechtspersoon), blz 112 e v
- 4 Bohtlingk Het leerstuk der vertegenwoordiging en zijn toepassing op ambtsdragers in Nederland en in Indonesië, 's Gravenhage 1954, blz 8-10, blz 31
- 5 A w, blz 51 e v
- 6 Idem, blz 91 en 92
- 7 Idem, blz 12-22 en blz 91
- 8 AA XVIII (1969) blz 271 linker kolom Het arrest dateert van 24 januari 1969, NJ 1969, 316 m n H D
- 9 Zie verder Damen, diss blz 70 e v
- 10 Vgl De Goede, diss, blz 112 e v en F G Scheltema RM 1920, blz 268
- 11 Zie ook Rutten *Verkeersrecht* 1953, blz 142, waar deze een onderschrift geeft bij een reactie van De Goede op een artikel van Rutten in *Verkeersrecht* 1953, blz 85 e v
- 12 *Verkeersrecht* 1953, no 36, blz 100 e v
- 13 Blz 142, rechter kolom
- 14 De Goede, diss blz 131 Ook als een particulier die zorg zou behartigen, blijft het een publiekrechtelijk beheerste gemeenschapszorg Dat particulariseren als zodanig publiekrechtelijk beheerste gemeenschapszorg kunnen vervullen blijkt ook uit artikel 53 Wetboek van Strafvordering 'In geval van ontdekking op heeter daad is ieder bevoegd den verdachte aan te houden'
- 15 Diss, blz 110 zie dezelfde, *Verkeersrecht* 1954 blz 17 e v met — op blz 20/21 — verwijzing voor gelijk standpunt naar Donner
- 16 Vgl het Schouwen-Westeren Banpolderarrest van 20 april 1923 W 11072, waarin de Hoge Raad het Waterschap Schouwen ontvankelijk verklaarde in zijn vordering, omdat het nadeel had geleden in zijn vermogensrechten op grond van onrechtmatig handelen van de Westernen Banpolder Vgl Hoge Raad 29 april 1910 W 9027, in welk arrest hij vernietigde de uitspraken van het Hof te 's-Hertogenbosch en de Rechtbank te Brede inzake het Waterschap Bloemendaal en het Heemraadschap Mark en Dintel, onder meer overwegende 'dat de inbreuk op een publiekrechtelijk beheersrecht niet is een inbreuk op eenig vermogensrecht en dus niet oplevert een onrechtmatige daad die een burgerrechtelijke verbintenis doet ontstaan, waardoor het waterschap tot schadevergoeding ingevolge artikel 1401 BW zou kunnen worden verplicht' In het arrest van H R 19 december 1975, NJ 1976, 280 m n G J S en AB 1976, 161, m n J R St is sprake van de Staat als beheerder en onderhoudsplichtige en van benadeling van de Staat doordat hij maatregelen moet nemen op grond van zijn beheers- en onderhoudstaak
- 17 H R 19 januari 1962, NJ 1962, 151 m n J H B
- 18 Art 577 en 579 BW en art 13 Wegenwet
- 19 Diss, blz 107
- 20 Blz 111/112
- 21 Diss, blz 68/69
- 22 Diss, blz 87
- 23 Diss, blz 74
- 24 Idem, blz 78
- 25 Omtrent de verhouding tussen eigendom en onderhoudsplicht moge ik verwijzen naar

- de kanttekeningen van Van Wijk in De Nederlandse Gemeente 1954, blz. 200, op het artikel van H.M.F. Kersemaekers (blz. 199) met onderschrift van H.L. Knaud.
26. A.w., blz. 79.
  27. Verwezen zij naar hoofdstuk II, par. 3.
  28. Zie Onrechtmatige Daad IV (C.J.H. Brunner), nrs 54 e.v..
  29. Asser-Rutten III, blz. 151.
  30. Zie met name Hof Amsterdam 21 juni 1956 NJ 1957, 261. Vgl Hof Amsterdam 31 december 1953 NJ 1954, 319.
  31. NJ 1956, 281.
  32. NJ 1957, 261.
  33. NJ 1975, 509 m.n. G.J.S.
  34. Zie P. Zonderland, 'De onrechtmatige overheidsdaad' blz. 14 en 15, Tjeenk Wilink, Zwolle 1973 (Zonderland-pocket).
  35. NJ 1919, 161 en W 10365
  36. Zie voor diverse meningen 'Onrechtmatige daad', VII (Van Baalen-Rueb), nrs. 107 t/m 109 en zie m.b.t. onderhoudstaken ten aanzien van openbare wegen en wateren no. 110.
  37. NJ 1928, 1688 m.n. E.M.M., W 11885 m.n. H.D.J..
  38. Blz. 1694, linker kolom.
  39. Zie H.D. van Wijk, Hoofdstukken van administratief recht, derde druk, bewerkt door W. Konijnenbelt, 's-Gravenhage 1976, blz. 164-166.
  40. Blz. 11.
  41. Diss blz. 77 e.v..
  42. In zijn artikel 'Beheer, onderhoud en aansprakelijkheid', op blz. 20.
  43. H.R. 23 november 1939, NJ 1940, 242 m.n. E.M.M. Meyers' stelling, dat de strekking van een voorschrift om ten behoeve van belanghebbenden een aanspraak op zekere gedraging van de overheid te vestigen, meer beperkt is dan die tot bescherming van het belang van de benadeelde (NJ 1940, blz. 384, linker kolom) behoeft niet ertoe te leiden dat in concreto de belanghebbende *minder* tegen nadeel beschermd zou zijn, het omgekeerde zou eveneens het geval kunnen zijn.
  44. VR 1953, blz. 141.
  45. O.c., blz. 141 en 142.
  46. Zie MvT, blz. 14 en 15 en De Goede, diss., blz. 89 'een rechtsvermoeden, ten aanzien waarvan tegenbewijs niet ..... toegelaten'
  47. Aandacht verdient het bepaalde in artikel 27 Wegenwet, dat alleen van buiten de bebouwde kom gelegen wegen en toegangswegen naar stations een legger wordt opge-maakt. Artikel 28 geeft een verfijning.
  48. Zie m.n. de noot van Meyers onder het arrest van de Hoge Raad d.d. 23 november 1939, NJ 1940, 242.
  49. Blz. 86 e.v.
  50. De rechtbank te Almelo stelde om die reden het waterschap 'Het Heemserveen' ten aanzien van de gemeente Amsterdam in haar vonnis van 9 oktober 1934, NJ 1935, d.d. 24 april 1940, NJ 1941, 96 De Rechtbank te Amsterdam redeneert zo ten aanzien van de gemeente Amsterdam in haar vonnis van (9 oktober 1934, NJ 1935, 954. De Rechtbank te Rotterdam hanteert in haar vonnis van 26 juni 1931 NJ 1932, 203 ook het gelijke-voet-criterium, dit niet op de onderhoudsplicht baserende maar op eigendom of beheer, de desbetreffende overweging is de moeite van het citeren waard. 'dat bovendien als de gemeente ter uitvoering van haar publiekrechtelijke taak, aan zaken, die zij in eigendom of beheer heeft, herstel- of onderhoudswerkzaamheden doet uitvoeren, zij dit doende, aan het maatschappelijk verkeer deelneemt, als bijzonder persoon'. Het Hof te Arnhem overwoog bij zijn arrest van 13 april 1954 NJ 1954, 570 onder meer 'dat de stelling van app., dat op hem geen andere verplichtingen rusten dan aangeduid in artikel 17 der Wegenwet onjuist voorkomt, daar, nu de Heegseweg en brug bij hem in eigendom, beheer en onderhoud waren op hem, evenals op een bijzonder persoon, . . .'
  51. De bevoegdheid ter aanhouding van de verdachte bij ontdekking op heter daad van een misdrijf strekt zich ook voor een particulier nog verder uit zie art. 55 WvSv
  52. Zie verwijzingen in 'Onrechtmatige Daad' VII (Van Baalen-Rueb), nr 125.



- 53 Idem, nr 126
- 54 Aangehaald opstel in *Verkeersrecht* 1953, blz 91
- 55 D d 5 maart 1941, NJ 1941, 749
- 56 H R 9 januari 1942, NJ 1942, 295
- 57 A w blz 92
- 58 NJ 1967, 367 In het vonnis van de Rechtbank te 's-Gravenhage van 24 juni 1930 NJ 1931, 820, werd de onderhoudsplichtige aansprakelijk geacht op grond van artikel 1403 BW 'dat de overheid evenzeer als elke burger, ongevolgde artikel 1403 BW aansprakelijk is'
- 59 Uit het arrest blijkt niet of het i c een openbare weg in de zin van de Wegenwet betrof, aannemelijk is dit uiteraard wel
- 60 NJ 1961, 342
- 61 H R 10 april 1970, NJ 1970, 292
- 62 H R 5 mei 1933, NJ 1933, 875, de geciteerde passage wordt ook aangehaald in de conclusie van Adv-Gen Berger bij het onderhavige arrest Voorafgaande aan de geciteerde passage schrijft Meijers op blz 881 'men zoek echter het criterium niet te veel hierin of het bedrijf, waarin de handeling verricht is, ook evenzo door particulieren uitgeoefend wordt, maar of de norm, die overtreden is, een algemeene, zowel voor overheid als bijzondere personen geldende, is'
- 63 Meijers schrijft dit immers na de inwerkingtreding van de Wegenwet
- 64 Afgezien van de vraag of de onderhoudsplichtige gehouden kan worden voor iemand die zaken onder zijn opzicht heeft, waarvan sprake is in artikel 1403 lid 1, slot (zie vonnis Rb 's-Gravenhage d d 24 juni 1930, NJ 1931, 820), moet erop gewezen worden dat deze bepaling ingevolge constante jurisprudentie geen risico-aansprakelijkheid vestigt
- 65 Vgl inzake aansprakelijkheid van beheerder en/of onderhoudsplichtige naast derden die tekort geschoten zijn bij werken aan de weg Hof Amsterdam 1 maart 1961 NJ 1961, 342, VR 1961 nr 86 en Rb Breda 13 september 1955, VR 1956 nr 118
- 66 Eén niet toegelichte uitzondering geeft artikel 137 lid 5 RVV
- 67 *Verkeersrecht* 1953, blz 142 In het citaat is sprake van in bruikbare staat te onderhouden, aannemelijk is dit te verstaan als in bruikbare staat te houden Vgl *Verkeersrecht* 1953, blz 92
- 68 Zie met betrekking tot toetsing Rutten, *Verkeersrecht* 1953, blz 93 Geen marginale toetsing, wel overweging inzake ontbreken van waarschuwing bij *blijvende* situatie in Rb Assen d d 10 juni 1952, VR 1953, nr 36 Het komt mij voor, dat i c eerder een verbodsbord dan een waarschuwing op zijn plaats was geweest
- 69 De laatste zin in de nota van toelichting bij artikel 131 RVV waarin gesteld wordt dat 'dus machtiging' verleend kan worden, vindt geen steun in de tekst van het artikel
- 70 Een uitzondering geeft artikel 137 lid 5 RVV voor de onderhoudsplichtige van een waterkerende dijk waarop een weg is gelegen Buiten beschouwing blijft hier de constructie welke in artikel 132 RVV is gegeven en uiteraard ook haar uitwerking heeft op het bepaalde in artikel 137 RVV Daarom wordt niet ingegaan op het bevoegde gezag als bedoeld in artikel 132 RVV Verwezen zij naar de uiteenzetting in hoofdstuk II
- 71 *Verkeersrecht* 1953, blz 92
- 72 Voorbeelden daarvan zijn onder andere te vinden in H R 9 jan 1942, NJ 1942, 295 (Ferwerderadeel), Hof Leeuwarden (dezelfde casus) 5 maart 1941, NJ 1941, 749, Rb Rotterdam 26 juni 1931, NJ 1932, 203 (ontbreken van verlichting), Rb Den Haag 1 feb 1921, W 10846, NJ 1921, 424 (geen staketsel of leuning, noch licht noch aangegeven of bewaakt, ter plaatse geen brandende lantaarn), idem 24 jan 1922, NJ 1922, 699 (geen omheining, geen behoorlijke verlichting) Hieruit blijkt overigens ook, dat het waarschuwingsteken niet uit een waarschuwingsbord hoeft te bestaan Dit is weer van belang voor de competentie-vraag
- 73 De Nota van toelichting vermeldt bij artikel 137 RVV onder meer 'Dit artikel regelt hetgeen gebeuren moet, indien plotseling voorzieningen ten aanzien van het verkeer genomen moeten worden'
- 74 Er zijn gevallen denkbaar, waarbij het gevaar zo evident is, dat er zelfs niet voor gewaarschuwd behoeft te worden De mate waarin het gevaar zich demonstreert is

dan op zichzelf al voldoende waarschuwing. Ook is denkbaar, dat niet met een waarschuwbord kan worden volstaan, maar een verbods- of gebodsbord geplaatst moet worden ter voorkoming van ongelukken

75. Vgl. Rb Utrecht 14 juni 1922, W 10983 'dat de wijze, waarop de balk van wege de gemeente Zeist is aangebracht, in strijd is geweest met de voorzichtigheid die op een openbare verkeersweg dient te worden in acht genomen'.
76. Zie Toelichting ad artikel 6.3.12 van het OBW, blz. 684 en de aldaar aangehaalde rechtspraak
77. Zie Asser-Rutten III (De verbintenis uit de wet), blz. 150 e v. en de daar aangehaalde literatuur.
78. G.H.A. Schut in WPNR nr. 5365, blz. 642



In deze studie werd ingegaan op de openbare weg. Bij het gebruik van het begrip openbare weg heeft de wetgever niet steeds dezelfde inhoud voor ogen gestaan. Steeds opnieuw dient men zich af te vragen of daarmee bedoeld is op een openbare weg zoals deze term in het algemeen taalgebruik wordt gebezigd dan wel in een meer specifieke zin. Dit laatste kan blijken uit de door de wetgever voor dat begrip gegeven definitie of omschrijving. Eerst wanneer duidelijk civielrechtelijk aan de orde is 'een ten publieke dienste bestemde weg' dient daaronder geen andere weg te worden verstaan dan die welke openbaar is geworden op grond van de bepalingen van de Wegenwet of de Ruilverkavelingswet 1954. In deze wetten heeft de Rijkswetgever vastgesteld hoe een weg tot openbare weg bestemd wordt. Door die bestemming wordt de weg onderworpen aan publieke zorg. In de civielrechtelijke terminologie is dan ook die weg een voor de publieke dienst bestemde weg welke in eng juridische zin, zo men wil waterstaatsrechtelijke of wegenrechtelijke zin, openbare weg heet. Omgekeerd is niet iedere keer waar in wetten van openbare weg gesproken wordt, civielrechtelijk bedoeld de weg met een publieke bestemming. Over het algemeen kan men constateren, dat in rechtspraak en doctrine een te sterke neiging bestaan heeft en nog bestaat het begrip openbare weg ten onrechte in louter eng juridische zin te verstaan. Blijkbaar om de dans van die te enge interpretatie te ontspringen hanteert de wegenverkeerswetgever niet het begrip openbare weg, maar de lange, weinig fraaie, omschrijving: 'voor het openbaar rij- of ander verkeer openstaande wegen'.

Nadat vastgesteld was, dat het waterstaatsrechtelijk begrip openbare weg duidt op de ten openbare dienste bestemde weg, kon nader ingegaan worden op de relaties tussen de verschillende bij die weg betrokken instanties. De eigenaar staat in het verkeersrecht gelijk met ieder ander op de openbare weg. Door de beheerder, een belangrijke persoon met betrekking tot de openbare weg – een waterstaatswerk – behoeft de eigenaar zich niet alles te laten welgevalen. Inbreuk op zijn eigendomsrecht door de beheerder behoeft de eigenaar niet te nemen. De beheerder zal binnen zijn werkterrein dienen te blijven, anders zou de eigenaar hem een handelen in strijd met zijn rechtsplicht kunnen verwijten. De eigenaar heeft niet toe te zien op de wijze waarop de beheerder zijn arbeid verricht.

De beantwoording van de vraag welke persoon of instantie de waterstaatsrechtelijke beheerder is en als zodanig voor de zaak verantwoordelijk dient met omzichtigheid te geschieden, aangezien velen zich getooid zien met het aureool 'beheerder'. Ook in het wegenverkeersrecht is de waterstaatsrechte-

lijke beheerder een niet onbelangrijke rol toegekend. Hiermede is een relatie gelegd tussen de zorg voor het object en de zorg tot het treffen van maatregelen omwille van het verkeer over dat object. Te betreuen is, dat aan de beheerder als zodanig geen middelen van publiekrechtelijke aard, met name politiedwang, zijn toegekend waarmee hij zijn 'werk' jegens derden kan sanctioneren. Ook al is verdedigbaar een optreden met politiedwang tegen aantasting van de openbaarheid, de publieke zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid van de weg kan niet volledig tot haar recht komen als niet een adequaat handelen mogelijk is tegen hen die de openbare weg 'geweld' aandoen of dreigen aan te doen. In deze gevallen worden soms verkeersmaatregelen toegepast, maar de rechtmatigheid daarvan moet betwijfeld worden, afgezien van het feit dat niet steeds de beheerder deze kan nemen. Gewenst is de beheerder in ieder geval bevoegdheden toe te kennen van preventieve aard, bijvoorbeeld tot het aanbrengen van bepaalde met sancties te handhaven tekens ter bescherming van het waterstaatswerk.

Naast de eigenaar en de beheerder staat een belangrijke categorie: de gebruikers van de openbare weg. In hoofdlijnen werden twee soorten gebruik onderscheiden: het gewone of normale gebruik en het bijzonder gebruik. Nagegaan werd of de normale gebruiker een subjectief recht van gebruik op de openbare weg moest worden toegedacht. Deze vraag werd ontkennend beantwoord. Vastgesteld werd wel, dat niet alleen de eigenaar en de onderhoudsplichtige, maar ook de niet in artikel 14 lid 1 Wegenwet genoemde beheerder eenieder overeenkomstig het in het wegenverkeersrecht geregelde gebruik over de openbare weg moet dulden. Met de term 'aanspraak' zou aangegeven kunnen worden wat in de Duitse literatuur 'Reflexrecht' of 'Rechtsreflex' heet. Daarna kwam aan de orde of die aanspraak op verkeersgebruik zover ging, dat de gebruiker civielrechtelijk zou kunnen optreden tegen verkeersmaatregelen die voor een ander doel dan omwille van het verkeer genomen worden. Een zó ver reikende inhoud werd aan de aanspraak van de gebruiker niet toegekend. Uit drie Koninklijke Besluiten werd de conclusie getrokken, dat de aanspraak op normaal gebruik met name haar kracht doet gelden, wanneer de openbaarheid als zodanig in het geding is en de gebruiker daarbij belanghebbende is.

Bijzondere gebruikers worden genoemd zij die de weg anders gebruiken dan overeenkomstig verkeersgebruik als geregeld in het wegenverkeersrecht. Onderscheiden moet worden tussen bijzonder gebruik dat nodig is ten behoeve van het algemeen gebruik en bijzonder gebruik dat samenhangt met de functie die een openbare weg vervult naast die van verkeersbaan te land. Bij de bespreking van de eerste categorie bijzonder gebruik werd de betekenis van artikel 14 lid 3 Wegenwet onder de loep genomen. Geconstateerd werd, dat essentiële verschillen gelegen zijn tussen het bepaalde in de leden 1 en 2 enerzijds en lid 3 anderzijds. Legt het bepaalde in lid 1 en 2 een relatie tussen eigenaar, beheerder en onderhoudsplichtige met de weggebruikers, lid 3 bakent de bevoegdheden af van de eigenaar en onderhoudsplichtige aan de ene kant en de beheerder aan de andere kant. De leden 1 en 2 zien op een algemeen, lid 3 op een bijzonder gebruik. Het ware beter geweest lid 3 in een afzonderlijk artikel vast te leggen.

Ten behoeve van een bepaalde categorie bijzonder gebruik werd het woord functie van de weg geïntroduceerd. Dit bleek daarom wenselijk, omdat de

wetgever de civielrechtelijke gevolgen van de openbare weg slechts vanuit de verkeersoptiek in de Wegenwet vastgelegd heeft. Toch wijst de praktijk uit dat ander dan dat privaatrechtelijk te dulden gebruik van de openbare weg plaats vindt en getolereerd wordt. De reden hiervan werd gevonden in de functie die een weg vervult naast het zijn van 'verkeersbaan te land'. Overigens is die functie niet voor iedere weg gelijk: de ene weg vervult deze, de andere die 'rol'. Afhankelijk van de functie is er een bijzonder gebruik mogelijk. Dit gebruik behoeft door de rechthebbende van de weg in beginsel niet zonder meer geduld te worden. Nu eens dient de rechthebbende toestemming gevraagd te worden en heeft hij recht op schadevergoeding — zo nodig te verwezenlijken met toepassing van de Belemmeringenwet Privaatrecht —, dan weer kan de eigenaar voor het bijzonder gebruik van zijn openbare weg een op het vrije spel van loven en bieden gebaseerde bijdrage vragen: het profijtbeginzel.

Dat de Hoge raad de eigenaarsbevoegdheden ontziet wanneer het om een bijzonder gebruik gaat van een ten publieke dienste bestemde zaak, blijkt met name uit enkele arresten welke gewezen zijn omtrent het gebruik maken van openbare wateren. Aandacht kregen achtereenvolgens de arresten Huizen van 19 januari 1962, inzake Krammer en Grevelingen van 22 juni 1973 en betreffende een Giethoornse gracht van 18 juni 1965. Ook sanctioneerde de Hoge Raad dat een eigenaar van een openbare weg vergoeding eiste voor een bijzonder gebruik: Hoogeloon c.a. en benzinestation Eindhoven.

Daarnaast kwam aan de orde het bijzonder gebruik van de openbare weg op grond van een publiekrechtelijke vergunning. Gesteld werd, dat indien deze vergunning nodig was om tot dat gebruik van de weg te geraken — bijvoorbeeld als kermisterrein — de rechthebbende dit gebruik niet zonder meer privaatrechtelijk dient te dulden vanwege de verkregen publiekrechtelijke vergunning. Zou een vergunning slechts benodigd zijn ten behoeve van een bepaalde wijze van gebruik van de weg overeenkomstig zijn bestemming, maar niet het object van weg als zodanig betreffen, dan heeft de eigenaar hiermede niets van doen.

Over de problematiek gerezen omtrent het betreden van de openbare weg van terzijde wordt uiteraard ook hier een woord gesproken. Het zal wel niet het laatste zijn. Dit onderdeel is ingedeeld bij het bijzonder gebruik, waarmee reeds van den aanvang af te kennen wordt gegeven dat uit de bestemming tot openbare weg niet voortvloeit het recht tot het betreden van terzijde. Artikel 14 lid 3 sub II wordt ten bewijze hiervan verder onder de loep genomen en afgewogen tegen de artikelen 8 en 10 van de Verkeerswet tegen lintbebouwing. Het Hoogeloon-arrest wordt bijgevalen waar het een uitspraak doet over de betekenis van artikel 14 Wegenwet, maar tevens wordt gesteld dat de Hoge Raad niet aan de principiële vraag toekwam: 'Was door de publieke functie die de Julianalaan vervulde het privaatrecht nog in die mate van toepassing?' De functie van woon- of winkelstraat geeft een zodanige 'specifieke bestemming' aan, dat het privaatrecht dient te wijken. Huis en weg zijn zo nauw aan elkaar gerelateerd, dat het publiek belang vereist dit te sanctioneren. Overigens zijn er wegen waar die relatie niet is, bijvoorbeeld bij de autosnelweg. Dan vereist het publiek belang ook niet het buiten werking stellen van het privaatrecht. Vanuit de openbaarheid van weg zoals de Wegenwet die regelt, is het betreden van terzijde niet gegeven. Soms wordt een

publiekrechtelijke vergunning tot het maken en behouden van uitwegen vereist — in het Rijkswegenreglement, in de provinciale wegenreglementen —, in beginsel heeft ook de eigenaar dan 'recht van spreken'. Dit is niet het geval, indien de vergunning slechts vereist is ter regeling van de wijze waarop. Ook de Kroon ontkent de werking van het privaatrecht ten deze niet. Wat de inhoud van artikel 715 BW betreft wordt verwezen naar de uiteenzetting in het hoofdstuk over de openbare weg in het burendrecht.

De vraag of het verschil uitmaakt dat de eigendom van een openbare weg bij een overheidslichaam of bij een particulier is, wordt ontkennend beantwoord. Het Gorssele bomen-arrest van 1961 zou daarin twijfel kunnen zaaien, maar het heeft er alle schijn van dat de Hoge Raad in dit burendrechtelijk geval omwille van de goede zaak — hoeveel bomen zouden er op een openbare weg binnen de twee-meter-grens staan? — de beherende overheid n t te veel toegaf. Hij liet de beheerder toe de bestemming inhoud te geven en plaatste hem aldus buiten de werking van het burendrecht. Het resultaat van deze uitspraak wordt overigens onderschreven met een verwijzing naar het volgende hoofdstuk voor de motivering daarvan. Er wordt geconstateerd dat twee soorten eigenaren en dus twee soorten eigendom in ons recht niet bestaan, terwijl een ontwikkeling in die richting wordt afgewezen.

Als afsluiting van de vraagstukken rond de eigendom van de openbare weg kwam de verjaring aan de orde. Eigendom van de openbare weg kan verjaren. Ook als het beheer en onderhoud van zo'n weg, maar niet de eigendom overgenomen is? Volgens artikel 13 Wegenwet werkt het vermoeden van eigendom ten gunste van het overheidslichaam dat onderhoudt niet tegen degene van wie wel het onderhoud, doch niet de eigendom is overgenomen. Het OBW kent in artikel 5.3.8. eenzelfde bepaling. Kan in het huidige recht dan door middel van verjaring de eigendom verkregen worden? Dat hangt er van af of de onderhoud-plegende overheidsinstantie het bezit van die openbare weg te goeder trouw kan verwerven. Die vraag wordt positief beantwoord. Met een beroep op uitspraken van de Hoge Raad en diverse schrijvers wordt het standpunt ingenomen, dat bezit te goeder trouw door occupatie onder bepaalde omstandigheden mogelijk is. Verjaring kan plaatsvinden, maar de bezitter kan geen beroep doen op artikel 1995 BW. Wat de werking van artikel 2000 BW betreft is de 30-jarige termijn vereist. Met de uitspraak van het Hof te 's-Gravenhage d.d. 30 november 1973 wordt ingestemd, dat ondanks de resultaten van het historisch onderzoek van Vegting onder de huidige rechtsopvattingen verjaring van de eigendom van een openbare weg ten behoeve van een particulier mogelijk is.

Wat het komende recht betreft, wordt vastgesteld, dat het vermoeden van eigendom van de openbare weg niet alleen niet werkt ten opzichte van hem van wie het onderhoud doch niet de eigendom overgenomen werd, maar ook niet tegenover hem die eens rechthebbende was zonder dat overschrijving van de akte in de registers heeft plaats gevonden. Artikel 5.3.8. lid 2 staat naast artikel 3.5.13 lid 2 O.Nieuw BW. Bovendien wordt erop gewezen, dat verkrijging van een goed door middel van verjaring kan plaatsvinden, ook al is het bezit niet te goeder trouw (artikel 3.4.3.8 lid 1 O.Nieuw BW).

Ten aanzien van de werking van de burendrechtelijke bepalingen voor de openbare weg wordt een revolutionair standpunt ingenomen. Ondanks de

algemeen aanvaarde leer van het tegendeel wordt verkondigd, dat het begrip erf in het burendrecht niet de — openbare — weg omvat. Een onderzoek naar de taalkundige betekenis van het woord erf wordt gevolgd door het afzonderlijk toetsen van de typisch burendrechtelijke wetsartikelen. Aangezien hieruit geen de heersende leer onderschrijvende of bevestigende conclusie getrokken kon worden, werd te rade gegaan bij de aan de wettelijke bepalingen ten grondslag liggende geschiedenis. Het Romeinse en Franse recht gaven eerder steun aan de mening dat de bepalingen van het burendrecht zich niet voor toepassing op de openbare weg leenden. Tenslotte werd de werking van die bepalingen in de praktijk nagegaan. Ook dit leverde een ander beeld op dan de leer verkondigt. Na dat alles werd besloten afstand te nemen van de gangbare opvatting.

In hoofdstuk IV kwamen de beperkte zakelijke rechten aan de orde. Voor eerst werd vastgesteld, dat in tegenstelling tot het burendrecht in de vijfde, zevende, negende en tiende titel van het over zaken handelende huidige boek 3 BW aan het woord erf een typisch juridische inhoud toegekend wordt, te weten lichamelijke onroerende zaak. In deze titels blijkt dit een bruikbare omschrijving. De openbare weg is nu dus wel een erf.

De vestiging van een beperkt zakelijk recht van normaal gebruik moet mogelijk en soms zelfs zinvol geacht worden. Volgens de Kroon kan het een alternatief bieden voor openbaarheid. In de casus Hinken-Berends contra de provincie Overijssel kreeg de Hoge Raad niet alleen te oordelen over de civielrechtelijke vraag tot vestiging van een servituut van overweg, maar ook over een onteigeningsvraag, een strafrechtelijke en een administratiefrechtelijke. Het arrest is door de commentatoren niet goed ontvangen. Het feit dat niet voldoende onderscheiden werd tussen de diverse onderdelen speelde de Hoge Raad ontegenzeggelijk parten. Ook de beheerder dient zich binnen de verkeersrechtelijke regels te bewegen. De Hoge Raad stond hem te veel toe. Hij kreeg de gelegenheid uit te maken dat iemand 'zonder noodzaak' in de zin van het huidige artikel 87 lid 3 RVV een weg kon oversteken: 'het gebruik maken van de ..... erfdienstbaarheid overeenkomstig voormeld doel' is niet een zich 'zonder noodzaak' op de weg bevinden. Reeds eerder werd in de Gorsselse bomen-casus geconstateerd, dat ons hoogste rechtscollege wel eens (te) veel begrip voor de beheerder aan de dag legt.

Beperkte zakelijke rechten van bijzonder gebruik ten behoeve van het verkeer zullen nauwelijks gevestigd worden. Gesteld werd dat het langs de weg planten van bomen niet ten behoeve van het verkeer is in de zin van artikel 14 lid 3 Wegenwet. Een recht van opstal werd mogelijk geacht. Van de eigenaar zijn in dit verband niet veel problemen te verwachten noch bij de openbare weg noch bij de feitelijk voor het openbaar verkeer openstaande weg.

Bij het vestigen van zakelijke rechten van bijzonder gebruik dient men er zich van bewust te zijn dat met privaatrechtelijke afdoening alléén niet kan worden volstaan. De beherende overheid heeft meestal de nodige regels gesteld of zal er nog stellen voor haar openbare weg. Overigens geldt ook voor eigenaar en beheerder en derden dat de verkeerswetgever de grenzen heeft getrokken waarbinnen gehandeld kan worden.

Ten aanzien van het servituut van uitweg naar de openbare weg blijken het



Rijk, de provincies en in mindere mate de gemeenten de nodige regels ontworpen te hebben. De Verkeerswet tegen lintbebouwing geeft de meest uitvoerige regeling, zodat daarop verder werd ingegaan. De vraag werd gesteld of het, daar ingevolge deze wet volledige schadeloosstelling wordt gegeven, niet beter ware het servituut te onteigenen. Nu het servituut 'buiten werking' blijft voortbestaan dient aan een eventuele verjaring schorsende werking te worden toegekend voor de tijd dat geen ontheffing verleend is. Geconcludeerd werd dat van het tijdstip waarop het servituut gevestigd werd de werking daarvan afhankelijk is. Een servituut bestaande vóór het tijdstip waarop de Verkeerswet tegen lintbebouwing, provinciale wegenreglementen of gemeentelijke bepalingen in werking traden, heeft ook gevolgen voor het publiekrecht, omgekeerd wordt bij vestiging onder vigueur van een dezer wettelijke regelingen de privaatrechtelijke werking beperkt.

In het laatste hoofdstuk wordt nagegaan wie op welke grond aansprakelijk is voor schade ontstaan door gebreken in de openbare weg. Eerst vindt een onderzoek plaats naar het 'wie', omdat in de leer van de Hoge Raad de persoon van de dader verschil kan uitmaken voor de aansprakelijkheid: overheid of particulier. Geheel in tegenstelling tot het standpunt dat B. de Goede heeft ingenomen wordt geconcludeerd, dat primair de onderhoudsplichtige aansprakelijk is ex artikel 1401 BW voor schade ontstaan ten gevolge van gebreken in de weg. Alhoewel naast De Goede in literatuur en rechtspraak geen scherp onderscheid tussen beheerder en onderhoudsplichtige voor de aansprakelijkheid ex artikel 1401 BW gemaakt wordt, wordt gewezen op het belang daarvan en op enige rechterlijke uitspraken welke voor het ingenomen standpunt zouden kunnen pleiten.

Voor bepaalde soorten wegen, namelijk die welke als gebouwen in de zin van artikel 1405 BW aangemerkt kunnen worden zoals bruggen, tunnels, viaducten en wegen op een verhoogd niveau, dient onder het huidige recht de eigenaar aangesproken te worden. Zijn verhaalsmogelijkheden op de onderhoudsplichtige of beheerder zijn beperkt. Deze situatie wordt onbevredigend geacht. De regeling in het Ontwerp Nieuw BW brengt hierin verbetering.

De grondslag van de aansprakelijkheid wordt gevonden in de zorgvuldigheidsnorm, nadat uiteengezet is dat geen wettelijke plichten bestaan noch in de Wegenwet noch in de gemeentewet, welke als waarborgnormen — zo men die al zou willen erkennen — aangemerkt zouden kunnen worden. Het gelijke-voet-criterium tussen overheid en particulier wordt afgewezen. Bovendien wordt het voor dit onderdeel onjuist geacht verschil te maken tussen een openbare weg in de zin van de Wegenwet en de voor het openbaar verkeer openstaande weg.

Voor tekorten in de openbare weg kan soms de beheerder op grond van een afgeleide voorwaardelijke aansprakelijkheid voor de schade moeten opkomen. Daarnaast is de beheerder in het verkeersrecht een taak opgelegd, tot het plaatsen van borden die een gevaar aanduiden, tengevolge waarvan hij bij onzorgvuldig handelen of nalaten aansprakelijk kan worden gesteld voor schade. Overigens wordt onderscheiden tussen uitvoering van het gestelde in artikel 131 RVV en in artikel 137 RVV. Dit laatste artikel geeft een regeling voor noodsituaties, zodat handelen steeds geboden wordt geacht. Volledige toetsing door de civiele rechter is dan gewenst in tegenstelling tot de gevallen

waarbij het gaat over plaatsen van borden en waarschuwingstekenen van blijvende aard (131 RvV). Marginale toetsing lijkt dan het meest aangewezen.

In het komende recht wordt een verharde weg als opstal aangemerkt. Rust normaliter op de bezitter van de opstal de aansprakelijkheid welke een risico-aansprakelijkheid is, voor openbare wegen rust deze op het overheidslichaam hetwelk moet zorgen dat de weg in goede staat verkeert. Of de rechter de beheerder of onderhoudsplichtige als zodanig zal aanmerken, is niet bij voorbaat te zeggen. Daarom wordt ervoor gepleit hierin duidelijkheid te brengen en wel door de beheerder als zodanig aan te wijzen.

# résumé

## *(La voie publique et le droit privé)*

Cette étude a été consacrée à une discussion sur la voie publique. Le législateur n'accorde pas toujours à ce terme la même signification. Il convient donc chaque fois de se poser la question de savoir si ces mots désignent une voie publique dans le sens où ce terme est utilisé dans la langue courante, ou bien dans un sens plus spécifique. La réponse à cette question peut découler de la définition ou de la description donnée par le législateur. C'est seulement s'il est clair qu'il s'agit d'une 'voie affectée au service public' dans le sens du droit civil qu'il convient de ne retenir d'autre signification que celle d'une voie devenue publique du fait des clauses de la Loi des Routes ou de la Loi de 1954 sur le Remembrement Parcellaire. Le législateur a fixé dans ces lois comment une voie devient voie publique. Du fait de cette affectation la voie bénéficiera du soin public. Ainsi dans la terminologie du droit civil est-elle une voie affectée au service public, qui dans le sens juridique étroit, ou, si l'on veut, dans le sens du droit des Eaux et Chaussées, s'appelle 'voie publique'. Inversement, ce n'est pas chaque fois que les lois mentionnent 'voie publique' qu'elles entendent nécessairement une voie à affectation publique dans le sens du droit civil. L'on peut constater en général que dans la jurisprudence et la doctrine il a existé et il existe toujours une tendance excessive à donner à tort au terme 'voie publique' son sens juridique le plus étroit. C'est vraisemblablement pour échapper à cette interprétation trop étroite que le législateur du code de la route ne se sert pas de l'expression 'voie publique' mais du terme long et peu élégant de 'voie ouverte à la circulation de véhicules à roues ou autres'.

Après avoir constaté que l'expression 'voie publique' dans le droit des Eaux et Chaussées désigne la voie affectée au service public, l'on a pu étudier de plus près les relations entre les différentes instances concernées par cette voie. Le propriétaire est considéré par la législation routière comme l'égal de toute autre personne qui utilise la voie publique. Le propriétaire n'est pas obligé de s'en laisser imposer indument par le 'gérant', personne fort importante en ce qui concerne la voie publique, ouvrage des Eaux et Chaussées. Le propriétaire n'est pas obligé d'accepter une infraction à son droit de propriété par le gérant. Celui-ci devra rester à l'intérieur de son terrain de travail sinon le propriétaire pourrait lui reprocher d'agir contrairement à son devoir juridique. Le propriétaire n'est pas tenu de surveiller la manière dont le gérant accomplit son travail.

Il convient d'observer la plus grande prudence en répondant à la question de savoir quelle est la personne ou l'instance administrative qui est véritablement le gérant de la voie publique au sens de la législation des Eaux et

Chaussées et comme tel en porte la responsabilité car l'on aime à s'attribuer l'auréole de gérant. La législation routière attribue également un rôle fort important au gérant des Eaux et Chaussées. Ainsi est créée une relation entre le soin pour l'objet et le soin de prendre des mesures pour régler la circulation sur cet objet. Il est regrettable que le gérant en tant que tel ne dispose d'aucun moyen de droit public, notamment l'appel à la police, qui puisse sanctionner son 'travail' à l'égard de tiers. Quoique l'on pourrait avancer qu'il a la possibilité d'en appeler à la police pour veiller à ce que l'affectation de la voie au service public ne soit pas entravée, ceci n'est pas suffisant pour en protéger les opérations d'entretien, l'utilisabilité, la liberté d'utilisation et la sécurité contre ceux qui abusent de la voie publique ou menacent de le faire. En pareils cas l'on crée quelquefois des règlements de voirie mais leur légitimité est douteuse, indépendamment du fait que ce n'est pas toujours le gérant qui peut en prendre l'initiative. Il serait souhaitable que l'on attribue en tous cas au gérant des compétences de nature préventive par exemple pour protéger un ouvrage des Eaux et Chaussées par des signaux dont la non-observation serait passible de sanctions.

Outre le propriétaire et le gérant, il y a encore la catégorie importante des usagers de la voie publique. L'on a distingué en grandes lignes deux sortes d'utilisation: l'utilisation ordinaire ou normale et l'utilisation spéciale. L'on a examiné la question de savoir si l'on devait considérer que l'utilisateur ordinaire avait un droit subjectif d'utilisation. L'on a répondu négativement à cette question. L'on a établi toutefois que non seulement le propriétaire et le responsable de l'entretien mais encore le gérant (qui n'est pas mentionné dans l'art. 14, para. 1 de la Loi des Routes) doivent permettre à chacun l'utilisation de la voie publique conformément à la législation de la circulation. Le terme 'aanspraak' (droit d'utilisation) pourrait être comparé à ce que la juridiction allemande appelle le 'Reflexrecht' ou le 'Rechtsreflex'. Ensuite l'on a traité de la question de savoir si le droit d'utilisation de la voie publique pourrait comprendre le droit de contester devant le tribunal les règlements de circulation dont le but serait autre que celui d'améliorer la circulation. L'on a conclu que le droit d'utilisation ne s'étendait pas si loin. Trois décrets royaux nous ont fait conclure que le droit d'utilisation normale est reconnu particulièrement quand la question de l'ouverture au public elle-même est en cause et que l'usager est l'intéressé.

Les usagers spéciaux sont ceux qui se servent de la voie d'une manière différente de celle réglée par la législation routière. Il faut distinguer entre l'utilisation spéciale qui est nécessaire à l'utilisation générale et l'utilisation spéciale qui est liée à la fonction que la voie publique remplit en plus de celle de voie de communication terrestre. En examinant la première catégorie d'utilisation spéciale l'on a porté une attention particulière à la signification de l'art. 14, para. 3 de la Loi des Routes. L'on a constaté qu'il existe des différences essentielles entre les clauses des paragraphes 1 et 2 d'une part et celles du paragraphe 3 d'autre part. Si les clauses des paragraphes 1 et 2 établissent une relation entre le propriétaire, le gérant et le responsable de l'entretien avec les usagers, par contre le paragraphe 3 délimite les compétences du propriétaire et du responsable de l'entretien d'une part et celles du gérant de l'autre. Les paragraphes 1 et 2 se rapportent à l'utilisation générale; le paragraphe 3 se rapporte à l'utilisation spéciale. Il aurait été

préférable de faire du paragraphe 3 un article à part.

Pour les besoins d'une certaine catégorie d'utilisation spéciale l'on a introduit la notion de fonction de la voie publique. Ceci a paru désirable du fait que dans la Loi des Routes le législateur n'a établi les conséquences juridiques de la voie publique que dans l'optique de la circulation. Pourtant l'expérience montre que d'autres utilisations de la voie que celles prévues en droit privé sont pratiquées et tolérées. La raison en a été trouvée dans la fonction que la voie remplit en outre de celle d'être 'voie de circulation terrestre'. D'ailleurs cette fonction n'est pas la même pour toutes les voies: telle voie joue un rôle particulier, telle autre, un rôle différent. La fonction rendra telle ou telle utilisation spéciale possible. Celui qui détient le droit de propriété n'est pas par principe obligé de tolérer cette utilisation spéciale. L'on doit lui en demander l'autorisation et le dédommager s'il y a lieu, ceci si nécessaire conformément à la Loi sur la limitation des droits en droit privé. Enfin le propriétaire peut demander pour l'utilisation de sa voie publique une contribution dont le montant sera fixé par le libre jeu de l'offre et de la demande selon le principe: qui jouit paye.

Le fait que la Cour Suprême ménage les droits du propriétaire dans le cas d'utilisation spéciale d'un objet destiné au service public résulte en particulier des arrêts rendus à propos d'utilisation des voies d'eau publiques. Nous avons traité successivement: l'arrêt Huizen du 19 janvier 1962, l'arrêt concernant Krammer et Grevelingen du 22 Juin 1973 et l'arrêt concernant un canal de Giethoorn le 18 Juin 1965. La Cour Suprême décida aussi qu'un propriétaire d'une voie publique exigeât un dédommagement pour une utilisation spéciale: cas de Hoogeloon c.a. et de la station d'essence Eindhoven.

L'on a traité également de l'utilisation spéciale de la voie publique basée sur une autorisation en droit public. A supposer que cette autorisation ait été requise pour légitimer cette utilisation, par exemple comme terrain de foire, le propriétaire n'est pas tenu d'accepter cette utilisation du point de vue du droit privé, même si une autorisation a été accordée en droit public. Si l'autorisation est requise seulement en vue d'une certaine manière d'utiliser la voie conforme à son affectation mais qui ne concerne en rien la qualité de voie en tant que telle, le propriétaire ne peut rien contester.

A ce stade l'ouvrage traite aussi, évidemment, de la question de l'emprunt de la voie à partir du terrain riverain. Ce ne sera pas la dernière fois qu'il le fera. Le sujet a été traité dans le cadre de l'utilisation spéciale parce qu'on a voulu souligner dès le début que du fait qu'une voie soit à affectation publique il ne découle nullement un droit de l'emprunter à partir du terrain riverain. L'article 14, paragraphe 3, sous-paragraphe II a été examiné à fond à ce propos et comparé aux articles 8 et 10 de la Loi de la Circulation qui s'oppose à la construction en ruban le long des routes. L'on a applaudi l'arrêt Hoogeloon qui se prononce sur la signification de l'article 14 de la Loi des Routes mais en notant que la Cour Suprême n'est pas allée jusqu'à répondre à la question fondamentale: 'Est-ce à cause de la fonction publique que remplissait l'Avenue Juliana que le droit privé s'appliquait à ce point là?' La fonction de rue destinée à l'habitation ou au commerce de détail donne une telle 'affectation spécifique' que le droit privé doit céder la place. La maison et la voie ont une relation si intime qu'il est dans l'intérêt public de la sanctionner. Il y a d'ailleurs des voies où ce n'est pas le cas, par exemple les

autoroutes. Dans ce cas l'intérêt public n'exige nullement la mise hors d'application du droit privé. Il ne découle pas du fait que la voie est publique que l'on ait le droit de l'emprunter à partir du terrain riverain. Quelquefois l'on exige une autorisation en droit public pour l'aménagement et la garde d'issues — pas réglementation de voirie nationale ou provinciale — en principe le propriétaire a 'droit à la parole'. Ceci n'est pas le cas là où l'autorisation n'est requise que pour régler la façon dont la chose se fera. La Couronne ne s'oppose pas non plus à l'application du droit privé en ce domaine. En ce qui concerne le contenu de l'article 715 du Code civil néerlandais l'on est renvoyé à l'exposé du chapitre sur la voie publique dans le droit réglant les relations de voisinage.

L'on a répondu négativement à la question de savoir si cela fait une différence qu'une voie publique appartienne à une autorité publique ou à un particulier. L'arrêt de 1961 concernant les arbres à Gorssel aurait pu justifier un doute à cet égard, mais selon toutes les apparences, voulant juger en toute équité dans cette affaire de droit de voisinage (combien d'arbres pourrait-il bien y avoir à l'intérieur de la limite de 2 mètres le long d'une voie publique?), la Cour Suprême se rangea un peu au point de vue de l'autorité locale. Elle laissa le gérant décider de l'affectation et le plaça par là en dehors l'effet du droit privé tel qu'il est réglementé dans le droit de voisinage. L'on s'est réjoui du résultat de cet arrêt et l'on a renvoyé le lecteur à un chapitre suivant pour sa motivation. L'on constate que notre droit n'admet pas deux sortes de propriétaires ou donc deux sortes de propriétés, et rejette toute tendance dans cette direction.

Pour terminer l'examen des problèmes concernant la propriété de la voie publique, nous avons étudié la prescription extinctive. Il est possible que la propriété d'une voie publique cesse par prescription. Est-ce le cas aussi lorsque la gérance et la responsabilité de l'entretien mais non la propriété ont changé de mains? D'après l'article 13 de la Loi des Routes la présomption de propriété en faveur de l'administration publique qui effectue l'entretien n'a pas d'effet contre celui duquel l'on a repris la responsabilité de l'entretien mais non la propriété. Le N.C.C.N.\* connaît une même clause dans son article 5.3.8.. Le droit actuel admet-il donc que la propriété soit acquise par le moyen de la prescription? Cela dépend de la question de savoir si l'autorité publique effectuant l'entretien peut acquérir la possession de bonne foi. Nous répondons affirmativement à cette question. Faisant appel à plusieurs arrêts de la Cour Suprême et à différents auteurs, nous adoptons le point de vue qu'il est possible dans certaines circonstances d'acquérir la possession de bonne foi par occupation. La prescription peut avoir lieu mais le possession ne peut pas se prévaloir de l'article 1955 du Code civil néerlandais. Quant à l'application de l'article 2000 du Code civil néerlandais, celui-ci exige le délai de 30 ans. Nous sommes d'accord avec la décision de la Cour de la Haye datée du 30 Novembre 1973: savoir que malgré le résultat des recherches de Vegting, la prescription de la propriété d'une voie publique au profit d'une personne privée est, selon les conceptions actuelles, chose possible.

Quant au droit à venir, l'on a constaté que la présomption de propriété

\* Nouveau code civil néerlandais

d'une voie publique non seulement ne s'applique pas à celui de qui la responsabilité de l'entretien mais non la propriété a été reprise, mais pas non plus à celui qui y a à un moment donné eu droit sans que le transfert ait été enregistré. L'article 5.3.8. paragraphe 2 est parallèle à l'article 3.5.13 paragraphe 2 du N.C.C.N.. L'on a attiré en outre l'attention sur le fait que l'acquisition d'un bien par le moyen de la prescription peut avoir lieu même si la possession n'est pas de bonne foi (article 3.4.3.8., paragraphe 1. N.C.C.N.).

En ce qui concerne l'influence des stipulations du droit de voisinage sur la voie publique, l'on adopte un point de vue révolutionnaire. Contrairement à la doctrine généralement acceptée l'on affirme que la notion de propriété foncière dans le droit de voisinage ne comprend pas la voie publique. Des recherches linguistiques concernant le mot 'erf' (propriété foncière) ont été suivies de la comparaison indépendante des articles caractéristiques de la législation du voisinage. Etant donné que ceci n'a conduit ni à la confirmation ni à l'infirmité de la doctrine courante, l'on s'est tourné vers l'histoire où l'on aurait pu trouver sur quelle origine étaient fondés les articles de la loi. Le droit romain et le droit français soutenaient plutôt l'opinion que les clauses du droit de voisinage ne s'appliquent pas à la voie publique. Finalement l'on a vérifié l'application de ces articles dans la pratique. Ceci donna aussi une image différente de celle que suggère la doctrine. L'on a finalement décidé de s'éloigner de la conception courante.

Au chapitre IV l'on a traité des droits réels limités. L'on a constaté d'abord que, contrairement au droit de voisinage, l'on donne dans les chapitres 5, 7, 9, et 10 du livre 3 du Code civil néerlandais actuel, au mot 'erf' (propriété foncière) une signification typiquement juridique, à savoir, un bien physique immobilier. Cette définition semble bien s'accorder au contenu de ces chapitres. La voie publique est donc malgré tout propriété foncière.

L'on doit considérer comme possible et souhaitable l'établissement de droits réels limités d'utilisation normale. Selon la Couronne ils peuvent constituer une alternative à la notion générale d'ouverture au public. Dans le cas Hinken-Berends contre la Province d'Overijssel, la Cour Suprême dut se prononcer non seulement sur une servitude constituée par un passage à niveau, question de droit civil, mais encore sur une question d'expropriation, question de droit pénal et de droit administratif. L'arrêt fût mal reçu par les commentateurs. Le fait qu'elle n'a pas distingué entre les différents aspects a certainement fait du tort à la Cour Suprême. Le gérant, lui aussi, est tenu de respecter les clauses de la législation routière. La Cour Suprême lui accorda trop de latitude. Elle lui donna l'occasion de décider que quelqu'un pouvait traverser la voie 'sans nécessité' dans la sens de l'article 87 actuel, section 3, RVV: 'utiliser..... la servitude conformément au but précité' n'est pas identique à se trouver sur la voie 'sans nécessité'. L'on avait déjà constaté dans le cas des arbres de Gorssel que notre plus haute instance juridique montre quelquefois une compréhension un peu excessive pour le gérant.

L'on ne créera guère de droits réels limités d'utilisation spéciale pour la circulation. Il a été suggéré que le fait de planter des arbres le long de la voie

ne favorise pas la circulation dans le sens de l'article 14, paragraphe 3 de la Loi des Routes. L'on a considéré comme possible un droit de superficie. L'on n'a pas à s'attendre, à ce sujet, à beaucoup de difficultés de la part du propriétaire ni en ce qui concerne la voie publique, ni en ce qui concerne la voie qui est en pratique ouverte à la circulation publique.

Dans l'établissement de droits réels d'utilisation spéciale l'on doit se rappeler qu'il ne suffit pas de se conformer au droit privé. L'organisme chargé de la gestion aura le plus souvent établi pour se voie publique ses propres règlements ou pourra en créer dans l'avenir. D'ailleurs, aussi bien le propriétaire, le gérant et les tiers sont sujets au législateur de la circulation qui établit les limites à l'intérieur desquelles ils peuvent agir.

En ce qui concerne la servitude des issues vers la voie publique, l'on constate que l'état, les provinces et, dans une moindre mesure, les communes ont rédigé règlements nécessaires. La Loi contre la construction le long des routes comprend des dispositions très élaborées que l'on a examinées à fond. L'on s'est posé la question de savoir si, dans les cas où la loi prévoit un dédommagement complet, il n'aurait pas été préférable de procéder par expropriation. Comme la servitude continue à exister 'hors service', il convient de suspendre une prescription extinctive éventuelle pour le temps durant lequel aucune exemption n'est accordée. L'on a conclu que l'effet d'une servitude dépend du moment auquel elle a été établie. Une servitude existant avant la promulgation de la Loi contre la construction le long des routes et des réglementations provinciales ou municipales a également des conséquences en droit public; inversement son établissement pendant qu'une de ces réglementations légale est en vigueur limite son effet en droit privé.

Dans le dernier chapitre l'on discute de la question de savoir qui est responsable, et pour quelles raisons, pour les dommages causés par des défauts de la voie publique. D'abord l'on examine la question du 'qui?', parce que selon la doctrine de la Cour Suprême la personne de l'auteur peut influencer sur la responsabilité: organisme public ou personne privée. Contrairement au point de vue adopté par B. de Goede l'on conclut que celui à qui incombe l'entretien est responsable en premier lieu, selon l'article 1401 du Code civil néerlandais, pour les dommages causés par suite de défauts de la voie. Quoique, comme de Goede, la littérature et la jurisprudence ne fassent pas une distinction nette entre le gérant et le responsable de l'entretien en ce qui concerne la responsabilité selon l'article 1401 du Code civil néerlandais, l'on attire l'attention sur l'importance de faire cette distinction ainsi que sur quelques cas de jurisprudence qui soutiennent le point de vue choisi.

Pour certaines catégories de voies, notamment celles qui peuvent être considérées comme des constructions dans le sens de l'article 1405 du Code civil néerlandais, par exemple des ponts, des tunnels, des viaducs, des routes surélevées, c'est en droit actuel, le propriétaire qui est responsable. Ses possibilités de recours contre le responsable de l'entretien ou le gérant sont limitées. L'on considère cette situation comme insatisfaisante. Les dispositions du N.C.C.N. y apportent certaines améliorations.

Après avoir expliqué qu'aucune obligation légale n'existe ni dans la Loi des Routes ni dans la loi municipale qui pourrait servir de norme de garantie — si tant est que l'on serait prêt à la reconnaître comme telle—, l'on a



constaté que le fondement de la responsabilité se trouve dans le critère du soin avec lequel on s'en acquitte. L'on rejette le principe d'égalité entre l'organisme public et la personne privée. En outre l'on considère qu'il n'y a pas de raison de distinguer ici entre une voie publique dans le sens de la Loi des Routes et une voie ouverte à la circulation publique.

Pour ce qui est des imperfections de la voie publique, le gérant aura dans certains cas à effectuer un dédommagement du fait d'une responsabilité partielle dérivée. A part cela le droit de la circulation oblige le gérant à placer des panneaux de signalisation indiquant les dangers. Il en résulte qu'il peut être tenu responsable des dommages en cas de négligence ou d'omission. L'on distingue d'ailleurs entre l'application des articles 131 RVV et 137 RVV. Ce dernier donne une réglementation pour les situations critiques où l'on est sensé prendre des mesures. Il est souhaitable dans ce cas que le juge civil procède à une vérification complète, par opposition aux cas où il s'agit de pose de panneaux et de signaux d'avertissement de caractère permanent (131 RVV) où une vérification marginale paraît la plus indiquée.

Dans le droit à venir une route asphaltée sera considérée comme une 'superficie'. Tandis que normalement c'est le possesseur de la superficie sur qui pèse la responsabilité (une responsabilité de risque), dans le cas de voies publiques, c'est sur l'organisme public qui doit veiller à ce qu'elles soient en bon état. L'on ne peut savoir d'avance si le juge considérera comme tel le gérant ou le responsable de l'entretien. C'est pourquoi l'on plaide pour une plus grande clarté dans ce domaine et l'on est en faveur de désigner le gérant comme responsable.

# lijst van aangehaalde literatuur

- Angeren, J.A.M. van — De gewone rechter en de administratieve rechtsgangen.  
Diss. Leiden 1968.
- Asser, C — Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht.  
— Vertegenwoordiging en Rechtspersoon.  
De Rechtspersoon, vierde druk, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1976.  
— Zakenrecht I, algemeen deel, tiende druk, bewerkt door J.H. Beekhuis, Zwolle 1975.  
— Zakenrecht II, Eigendom en beperkt zakelijke genotsrechten, tiende druk, bewerkt door J.H. Beekhuis, Zwolle 1977.  
— Verbintenissenrecht, I De verbintenis in het algemeen, vierde druk, bewerkt door L.E.H. Rutten, Zwolle 1973.  
— Verbintenissenrecht, III De verbintenis uit de wet, vierde druk, bewerkt door L.E.H. Rutten, Zwolle 1975.
- Apeldoorn, L.J. van — De nood- of uitweg  
WPNR nrs. 3512 en 3513  
— Inleiding tot de studie van het Nederlands Recht. Bewerkt door J.C.M. Leyten, Zwolle 1972, 17de druk.
- Baalen-Rueb, A.C. van — Onrechtmatige daad, losbladige uitgave onder redactie van H. Drion e.a., Kluwer, Deventer, VII, nrs. 107-109; nrs. 110 en 125.
- Baars, J. van — Point d'intérêt, point d'action.  
Diss. V.U. Amsterdam 1971.
- Bellefroid, J.H.P. — Inleiding tot de rechtswetenschap in Nederland, Nijmegen/Utrecht 1950 zesde druk.
- Bod, H.H. — Ondergraving van het publiek recht door het privaatrechtelijk uitwegvergunningstelsel, Bouwrecht 1975, blz. 779-783.
- Böhrtlingk, F.R. — Het leerstuk der vertegenwoordiging en zijn toepassing op ambtsdragers in Nederland en Indonesië.  
's-Gravenhage 1954.
- Brunner, C.J.H. — Onrechtmatige daad, losbladige uitgave onder redactie van H. Drion e.a., Kluwer, Deventer, IV, nrs. 54 e.v..
- Cartigny, G.J.M. — Publiek domein en grondrechten.  
TvO 1975, blz. 276.

- Damen, L.H.M. — Een kritische beschouwing van de Wegenwet. Diss. Alphen aan den Rijn z.j.  
Het geschrift dateert van 1959.
- Donner, A.M. — Nederlands bestuursrecht I, algemeen deel. Alphen aan den Rijn, 1974, 4de herziene druk.  
— Nederlands bestuursrecht II, binnenlands bestuur, Alphen aan den Rijn, 1962.
- Duchemin, J.G. — Straatfeesten en wegafsluitingen.  
VR 1954, blz. 90.
- Eggens, J. — Het recht van bezit kan niet als zodanig overgedragen worden.  
WPNR, nrs. 3095 en 3096.
- Féraud-Giraud, L.J.D. — Servitudes de voirie.  
Paris et Aix 1850, 2 tomes.
- Forsthoff, E. — Lehrbuch des Verwaltungsrecht.  
Erster Band, Allgemeiner Teil, 10., neubearbeitete Auflage, München 1973.
- Geleijn Vitranga, J. van — Onteigening van publiek domein.  
RM 1903, blz. 1-39 en blz. 171-190.
- Gemeentestem, De — De bevoegdheden van het publiekrechtelijk lichaam als eigenaar van voor de openbare dienst bestemde zaken (Hoofdartikel).  
Gs. nrs. 5981, 5982, 5983 en 5984.
- Gerbrandy, S. — De overheid als eigenares van onroerende zaken.  
WPNR, jubileumnummer, 101 jrg. no. 5067, d.d. 3 januari 1970, blz. 17-18.
- Gombault, C.F.J. — Het instituut: openbare weg.  
*Themis*, 1929, blz. 184-207.
- Goede, B. de — Het beheer in het waterstaatsrecht.  
Diss. Leiden 1951.  
— De bestemming tot openbare weg in de jurisprudentie.  
TvO 1950, blz. 349-351.  
— Rechtsens of feitelijk openbaar.  
VR 1960, blz. 117 e.v. en blz. 137 e.v.  
— De straat hoort alleman, juridische aspecten van straatgebruik.  
*Bestuurswetenschappen* 1971, blz. 97-108.  
— De straat in het Wetboek van Strafrecht.  
Bundel: De mens in het recht.  
Vuga-boekerij 1975, blz. 115-124.  
— Straten in soorten.  
*Bestuurswetenschappen* 1975, blz. 205-217.  
— Beheer, onderhoud en aansprakelijkheid.  
VR 1954, blz. 17.  
— De duldingsplichten van de rechthebbende op de openbare weg.  
*De Nederlandse Gemeente* 1972, blz. 365.  
— Het wegbeheer in gemeentewet en Wegenwet.  
VR 1953, blz. 139-141, op blz. 141-142 een onderschrift van Rutten.

- Grinten, W.C.L. van der — Natrekking, vermenging en zaaksvorming.  
WPNR 4701, blz. 519-522.
- Haan, P. de — De grond als grensgebied van publiek- en privaatrecht.  
Beekhuisbundel: Op de grenzen van komend recht, blz. 125-142.  
Zwolle/Deventer 1969.
- Coördinatie van de administratieve wetgeving inzake onroerend goed.  
Preadvies, NJV 1973, deel 1, tweede stuk, blz. 3-153.
- Jellinek, G. — System der subjektiv-öffentlichen Rechte, Darmstadt 1963.
- Jongste, G.E. de — Grenzen in de ruimtelijke ordening.  
Bouwrecht 1972, blz. 221.
- Kamerlingh Onnes, A.H. — Openbare wegen over particulieren grond.  
Diss. Leiden 1915.
- Kaser, M. en Wubbe, F.B.J. — Romeins Privaatrecht.  
Zwolle 1971, tweede herziene en bijgewerkte druk.
- Kersemakers, H.M.F. — Eigendom en onderhoudsplicht van wegen N.G. 1954,  
blz. 199.
- Keyzer, L.F.V. — Beginselen van het Nederlands zakenrecht.  
's-Gravenhage 1956.
- Koeman, N.S.J. — Bestemmingsplan en privaatrecht.  
Diss. Utrecht 1974. Serie recht en praktijk 19, Deventer 1974.
- Kooiman, D. en Kooiman, C. — Handleiding voor studie en praktijk met betrekking tot  
de Wegenwet.  
Alphen aan den Rijn, 1940.
- Kooiman, D. — Waterstaatswetgeving  
Alphen aan den Rijn 1928, 2e herziene druk, eerste deel.
- Lichtenauer, W.F. — De vernietigende verjaring en aanverwante rechtsfiguren.  
Diss. Leiden 1932.
- Linden, H. van der — Dient de wet ten aanzien van ten algemene nutte strek-  
kende zaken bijzondere regelen te bevatten en zo ja,  
welke?  
Preadvies NJV 1963, Ia, blz. 151-202.
- Logemann, J.H.A. — Over de theorie van een stellig staatsrecht.  
Leiden 1947.
- Meijers, E.M. — Verzamelde privaatrechtelijke opstellen.  
Leiden, deel I 1954, deel II en deel III 1955.
- De algemene begrippen van het Burgerlijk Recht.  
Leiden 1958.
- De onrechtmatige overheidsdaad.  
WPNR 2884.
- Publiek domein en zaken buiten den handel.  
WPNR 2543 – 2547.
- Noyon-Langemeijer, — Het wetboek van strafrecht.  
bewerkt door Remmelink, J. 7e druk, losbladige uitgave, Gouda Quint, Arnhem.

- Nijssen, H.A. — De Hoge Raad en het uitwegen op de openbare weg.  
TvO 1966 blz. 125 en 126.
- Oomen, C. — Ongemotiveerde aanvallen op het uitwegvergunningen-  
stelsel.  
Gs. 6404 en 6405
- Oud, P.J. — Handboek voor het Nederlands gemeenterecht.  
Tjeenk Willink Zwolle, deel I 1956, deel II 1959, deel III  
1963.
- Oven, J.C. van — De titel der verjaring.  
NJB blz. 777 en blz. 807-815.  
— Leerboek van Romeins privaatrecht.  
Leiden 1948, derde druk.
- Pitlo, A. — Het zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek.  
zesde druk, in samenwerking met M.F.H.J. Bolweg.  
Groningen 1972.  
— Bewijs en Verjaring naar het Nederlands Burgerlijk Wet-  
boek.  
Haarlem 1957, vierde druk.
- Polak, J.M. — Eenheid van het recht, enkele beschouwingen over spe-  
cialisatie in de rechtswetenschap.  
Tjeenk Willink, Zwolle 1958.  
— De overheid in het privaatrecht.  
WPNR 5067, blz. 11-15.
- Polak, R.J. — Inleiding tot het wegenverkeersrecht.  
Tjeenk Willink Zwolle.  
deel 1 1971, deel 2 1973, deel 3A 1974.
- Poelje, G.A. van — Het arrest over het benzinstation te Eindhoven.  
*De Nederlandse Gemeente* 1968, blz. 162.
- Pot, C.W. van der — Beheer van een weg.  
*Het Waterschap*, maandblad van de Zuid-Hollandse Water-  
schapsbond, blz. 32-33.  
— Handboek van het Nederlands Staatsrecht bewerkt door  
A M Donner, Zwolle 1972, 9e druk.
- Praag, L. van — Openbare wegen.  
*Themis*, 1922, blz. 291-340.
- Prins, W.F. — Politiedwang  
Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht  
no. XXX 1954, blz. 20 en 43.
- Proudhon, J.B.V. — *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*  
*considérés principalement par rapport au domaine public.*  
Brussel 1833-1834, 1ste druk  
Dijon 1843-1845, 2de druk
- Punt, B.C. — Een rechtmatige overheidsdaad volgens ongeschreven  
recht.  
WPNR 1971, nrs. 5150, 5151 en 5152.

- Reeken, C.G. von
- Uitoefening van private rechten op zaken met eene publieke bestemming.  
*Themis* 1893, blz. 1-66.
- Rutten, L.E.H.
- Kan de Overheid civielrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor ongevallen, ontstaan ten gevolge van fouten of tekortkomingen bij het onderhouden van wegen of bij het treffen van verkeersmaatregelen?  
VR 1953, blz. 85-93.
- Schans, H.J.M. van de
- Verhaal van grondkosten door gemeenten, uitgegeven in de serie 'Bestuurlijke verkenningen', Vuga-boekerij Arnhem, 1965.
  - Hoge Raad 2 februari 1966 (Uitweg kwestie Hoogeloon) *Bouwrecht* 1966, blz. 333-335; op blz. 334 is een situatiekening opgenomen.
- Schellekens, H.
- De straat, het psychologisch effect van de gebouwde omgeving.  
Helmond, Wibro 1976.
- Scheltema, F.G.
- De openbare weg en de beperking van den eigendom  
RM 1920, blz. 264-286.
  - De zaken der openbare lichamen in Nederlandsch Bestuursrecht.  
Alphen aan den Rijn 1932, blz. 115-134.
- Schepel, C.J.H.
- Wegenrecht in Nederland.  
Diss. Groningen, 1895.
- Schut, G.H.A.
- Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door gebrekkige zaken, gevaarlijke stoffen, opstallen en dieren.  
WPNR 5365, blz. 642.
- Sens, J.B.
- Eigendom van zaken voor de openbare dienst bestemd.  
Ac.prft. Nijmegen 1934.
  - Geld breekt wet.  
TvO 1968, blz. 146.
  - De verhouding van de administratie tot het burenen- en servitutenrecht.  
WGB 1929, blz. 213-214.
- Smalbraak, J.Th.
- Burenrecht en bouwperceel  
*Bouwrecht* 1975, blz. 784-797.
  - Burenrecht en erfdienstbaarheden.  
Serie recht en praktijk 13  
Deventer 1971.
- Stellinga, J.R.
- Mag een gemeente als eigenares van een openbare weg een geldsom bedingen voor het verlenen van een recht van uitweg op die weg?  
TvO 1966, blz. 137.
  - De privaatrechtelijke naast de publiekrechtelijke weg.  
TvO 1968, blz. 241.

- Suijling, J.Ph.
- De subjectieve rechten in het positieve privaats- en publiekrecht  
Haarlem 1949.
  - Inleiding tot het burgerlijk recht, 5de stuk, zakenrecht  
Haarlem 1940.
- Troostwijk, M.
- Recente verwickelingen in de verhouding publiekrecht-privaatrecht.  
Beekhuisbundel Op de grenzen van komend recht, blz. 251.  
Zwolle/Deventer 1969.
  - Afsluitingen van wegen voor tentoonstellingen, feesten e.d.  
VR 1954, blz. 21
- Timmermans, J.C. en  
Thijssen, B.J.
- De belastingen der gemeente  
4e druk 1971.
- Vegting, W.G.
- Publiek domein en zaken buiten den handel.  
Alphen aan den Rijn, 1946
  - Het algemeen Nederlands administratief recht.  
Tweede deel, Alphen aan den Rijn, 1957.
- Veld, J. in 't
- Nogmaals verhuur van openbare gemeentegrond.  
TvO 1968, blz. 209.
- Vos, H.
- Publiek domein  
WGB 1931, blz. 61-63.
- Vries, M. de
- Nota in Geschiedenis van het wetboek van strafrecht,  
door H.J. Smidt.  
Haarlem 1892, 3e deel, blz. 359-362.
- Waser, H.
- Das Recht der öffentlichen Sachen im Kanton Nidwalden.  
Diss Zurich 1967.
- Wel, D. van der
- Dient de wet ten aanzien van ten algemene nutte strekkende zaken bijzondere regelen te bevatten en zo ja, welke?  
Preadvies NJV 1963, I blz. 125-148.
- Winsemius, J.P. en  
Hubée, G.
- Inleiding tot het waterstaatsrecht  
Alphen aan de Rijn 1959
- Wijk, H.D. van
- Hoofdstukken van administratief recht  
Derde druk, bewerkt door W. Konijnenbelt, 's-Gravenhage 1976.
  - Eigendom en onderhoudsplicht van wegen.  
*De Nederlandse Gemeente*, 1954, blz. 200.
  - Politiedwang  
Bundel Besturen met recht, 's-Gravenhage 1974.  
Geschriften van de Vereniging voor Administratief recht  
XXIX en XXX (1954).

## *Hoge Raad*

31 oktober	1895	W 6732	88, 92
18 april	1902	W 7756	4, 89
25 april	1905	W 8214	127
14 december	1906	W 8472	141
2 november	1908	W 8765	132
29 april	1910	W 9027	144
5 januari	1912	W 9308	92, 142
12 januari	1912	W 9314	142
16 februari	1912	W 9323	140
28 november	1913	W 9574 m.n. E.M.M.; NJ 1913, 1313	4, 128
6 maart	1914	NJ 1914, 625; W 9644 m.n. E.M.M.	127, 130
16 oktober	1916	NJ 1916, 1181	142
15 februari	1918	NJ 1918, 385; W 10242	95, 101, 143
7 juni	1918	NJ 1918, 717	73, 131
31 januari	1919	NJ 1919, 161; W 10365	112
16 december	1920	NJ 1921, 220	49
12 januari	1923	W 11060, m.n. H.d.J.	22
20 april	1923	W 11072	144
20 november	1924	NJ 1925, 89	113
14 april	1926	Gs. 1926, 3904	49
26 januari	1927	WGB 1927, 402	50
3 juni	1927	NJ 1927, 1141 m.n. P.S.	71, 143
20 juni	1927	NJ 1927, 969	141
2 november	1927	W 11746	50
16 december	1927	NJ 1928, 635	73/74
3 februari	1928	NJ 1928, 700 m.n. P.S.	5
		W 11811 m.n. H.d.J.	
25 mei	1928	NJ 1928, 1688 m.n. E.M.M.	113
		W 11885 m.n. H.d.J.	
21 januari	1929	NJ 1929, 517	127
11 maart	1929	W 11977	135
20 maart	1931	NJ 1931, 941 m.n. E.M.M.	138
17 februari	1932	W 12414; Gs. 4201	141
10 november	1932	NJ 1933, 170 m.n. P.S.	130
18 januari	1933	W 12658	141
5 mei	1933	NJ 1933, 875 m.n. E.M.M.	119
29 oktober	1934	W 12855	128
15 maart	1937	NJ 1937, 780	130
23 maart	1938	NJ 1939, 76	80, 142
15 maart	1939	Gs. 1939, 4568	50
23 november	1939	NJ 1940, 242 m.n. E.M.M.	145
12 februari	1940	NJ 1940, 622	138
9 januari	1942	NJ 1942, 295	117, 146
18 februari	1942	NJ 1942, 230; Gs. 4726	50, 55
21 oktober	1942	NJ 1942, 768	141



24 juni	1947	NJ 1947, 453	11
9 december	1947	NJ 1948, 64	142
19 oktober	1949	NJ 1950, 3 m.n. Ph.A.N.H.	74
11 december	1953	NJ 1954, 115 m.n. J.D.	131
10 mei	1955	NJ 1955, 437; VR 1956, no. 7	10
29 juni	1955	NJ 1955, 549	40, 133/134
4 maart	1958	NJ 1958, 300	133
13 mei	1958	VR 1958, no. 39 m.n. Besier	129
28 april	1961	NJ 1961, 433	2, 68-71, 88, 89, 91, 99, 105,
19 januari	1962	NJ 1962, 151 m.n. J.H.B.	55-57, 71, 105, 137, 138, 143
11 april	1962	AB 1962, blz. 664	51
18 juni	1965	NJ 1966, 474 m.n. J.H.B.	58-59, 138
2 februari	1966	NJ 1966, 415 m.n. N.J.P. AB 1966, blz. 579 m.n. St. AA XVI blz. 137 m.n. W.F.P. WPNR 4969, blz. 448-449	2, 59, 63-68, 105, 138, 139, 1
4 mei	1966	NJ 1967, 217 m.n. J.H.B. VR 1966, no. 75 m.n. N.J.P.	2, 71, 94-98, 143
19 januari	1968	NJ 1968, 166 m.n. G.J.S.	2, 59-62, 138, 139, 141
24 januari	1969	NJ 1969, 316 m.n. H.D. AA XVIII, blz. 266 m.n. M.T. en m.n. G.	105
10 april	1970	NJ 1970, 292	119-120
16 maart	1973	AB 1975, 117 m.n. St.	137
22 juni	1973	NJ 1973, 503 m.n. K.W.	57
13 juni	1975	NJ 1975, 509 m.n. G.J.S.	111
30 september	1975	NJ 1976, 130	127
19 december	1975	NJ 1976, 280 m.n. G.J.S. AB 1976, 161 m.n. J.R.St.	144

### *Hof*

Leeuwarden	5 maart	1941	NJ 1941, 749	117, 146
Amsterdam	31 december	1953	NJ 1954, 319	145
Arnhem	13 april	1954	NJ 1954, 570	145
Amsterdam	21 juni	1956	NJ 1957, 261	110, 145
Amsterdam	1 maart	1961	NJ 1961, 342 VR 1961, 86	118-119, 146
Arnhem	10 november	1965	NJ 1966, 478	138
's-Hertogenbosch	24 november	1966	NJ 1967, 367	118
's-Gravenhage	25 oktober	1973	BNB 1974, 214	140
's-Gravenhage	30 november	1973	NJ 1974, 182.	76-77

### *Rechtbank*

Zutphen	22 april	1909	W 9086	93-94
's-Gravenhage	1 februari	1921	W 10846; NJ 1921, 424	146
's-Gravenhage	24 januari	1922	NJ 1922, 699	146
Utrecht	14 juni	1922	W 10983	147
's-Gravenhage	24 juni	1930	NJ 1931, 820	146
Rotterdam	26 juni	1931	NJ 1932, 203	145, 146
Amsterdam	9 oktober	1934	NJ 1935, 954	145
Rotterdam	3 december	1936	NJ 1937, 780	130
Almelo	24 april	1940	NJ 1941, 96	145
's-Hertogenbosch	24 december	1943	NJ 1947, 651	130
Assen	10 juni	1952	VR 1953, no. 36	106, 146
Breda	13 september	1955	VR 1956, no. 118	146
Amsterdam	27 maart	1956	NJ 1956, 281	110
Breda	4 december	1956	NJ 1957, 220	28-29
Dordrecht	31 oktober	1973	de Pacht 1974, 185	89

# Koninklijke Besluiten

25 april	1929, Stb. 210	WGB 1929, blz. 193.	88
30 december	1954, no. 44	AB 1955, blz. 322	132
8 mei	1958, no. 16	AB 1958, blz. 744	133
29 oktober	1969, Stb. 488	AB 1970, blz. 43	140
8 april	1970, no. 90	AB 1970, blz. 376	26-27
1 juli	1970, no. 12	AB 1971, 34 m.n. St.	40-41, 94, 95
20 januari	1971 (Nijmegen) no. 60	AB 1971, 153	
		Bouwrecht 1971, blz. 197 m.n.	
		J.F.J.	140
20 januari	1971 (Lichtenvoorde) no. 59	OB 1971, XI. 16, 31340	140
12 januari	1973, no. 13	AB 1973, 159	133
21 februari	1973, no. 27	AB 1973, 118 m.n. St.	41, 94
2 januari	1974, no. 32	AB 1974, 129 m.n. St.	41-42, 94
4 juni	1975, no. 28	AB 1975, 198 m.n. St.	133
29 oktober	1975, Stb. 600	Gs 1975, no. 6382, blz. 476	140
19 maart	1976, no. 38	AB 1976, 169 m.n. St.	133

# zakenregister

*(De vetgedrukte cijfers verwijzen naar een specifieke behandeling)*

## A

aanhouden	116, 117
aanspraak	34, 37-43, 63, 64, 74, 81, 94, 101, 102, 114, 137
aansprakelijk persoon	<b>106-111</b>
aansprakelijkheid	2, 29, <b>104-125</b> , 146
aantasting van openbaarheid	28
aantasting van rechten	69
abus de pouvoir	71
actio aquae pluviae arcendae	82-84, 87
actio finium regundorum	82, 84
aflopen/afvoeren van water	9, 54, 80, 83, 86, 87
afscheiding van eigendommen	90, 92
afsluiten van een weg	1, 20, 25, 28, 40
ager	82-84
algemeen belang	41, 43, 53, 54, 59, 63
algemeen (gewoon-normaal) gebruik	8, 31, 37-43, 44-48, 57, 58, 62, 92, 93-98, 111, 112, 137
algemeen nut	14, 20, 21, 33, 46, 53, 62, 88, 110
algemene politieverordening APV	29, 54, 61, 139
alignement	85
ambt	105, 144
ambtengroep	105, 144
ambtsdrager	105, 106
Anstalten	14, 34, 133
ANWB	54
(auto)snelweg	48, 54, 55, 62, 63, 97
autoweg	47, 53, 54, 62, 94-98

## B

baatbelasting	64
balkon	49, 50
bebouwde kom	89
— in de zin van het verkeersrecht	24, 27
— in de zin van de Verkeerswet tegen lintbebouwing	102
— in de zin van de Wegenwet	29, 145
beheer	19, 20-30, 36, 57, 61, 70-75, 88, 101-105, 106-111, 114-120, 124, 125, 134-136, 145
beheerder	2, 19, 20-30, 31, 36-47, 56-59, 63, 65, 70-73, 95-100, 104, 105, 106-111, 114-125, 134-137, 143, 144
belang	20, 31, 39, 41, 42, 54-57, 60, 64-72, 96, 98, 101, 103, 108, 114

belanghebbende	17, 19, 20, 31, 38-42, 55, 94, 114
belasting	40, 49, 72
beleidsautonomie, -sfeer, -vrijheid	70, 114, 120
Belemmeringenwet Privaatrecht	53, 62, 140
benzinepomp	1, 47, 50, 53
benzine-station	53, 54
berm, weg-	4, 5, 22, 25, 44-49, 52, 53, 65, 88, 104
(berm)sloot	4, 5, 44, 47, 49, 65, 86
beroepsmogelijkheid	38, 39
Besluit op de Ruimtelijke Ordening	15, 51
bestanddeel	131
bestemming	7-10, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 25, 31, 38, 43-48, 55-59, 61-63, 68-71, 89, 96-98, 108, 109, 112, 128, 132, 138-140
– ingevolge de gemeentewet	49-51
– ingevolge de Ruilverkavelingswet	10, 132
– ingevolge de Wet op de Ruimtelijke Ordening	51
– ingevolge de Wegenwet	5, 22, 26, 51, 64, 70, 72, 132
bestemmingsplan	15, 16, 63, 132, 140
betreden van terzijde van de weg	46, 59, 62-68, 140
Bevoegdhedenwet	27
B-weg	26
Bezit(ter)	21, 73-76
– te goeder trouw	6, 73-76, 142
– te kwader trouw	75
blauwe schijf	61
boom	1, 68, 69, 79, 85-89, 91, 99, 142
borden	24
– die een gevaar aanduiden	121, 122
– die een gebod/verbod inhouden	24, 30, 38, 121, 122, 135, 147
bouwvergunning	63, 67, 68, 72
bouwverordening	63, 67, 68
braderie	1, 39
brug	4, 43, 110, 131, 138
bruikbaarheid van de weg	19, 20-30, 40, 45, 47, 66, 96, 100, 105-108, 110
buizen	46, 52, 54
bijzonder gebruik	31, 39, 43-68, 92, 98-101, 138

## C

canon	54
cautio damni infecti	84
codificatie	11, 13
concessie tot tolheffing	43
contractus sui generis	73
contraprestatie, tegen –	52, 54, 60

## D

dader	85, 104, 112, 114, 115
daderschap	105
demonstratie	1, 42
Destructiebesluit	9
detournement de pouvoir	20
dienst der domeinen	54
discretionaire bevoegdheid	19

domaine privé  
 domaine public  
 doorweekte toestand van de weg  
 Drank- en Horecawet  
 dronkenschap, openbare—

13  
 13, 69, 85, 131  
 122  
 9, 54, 55  
 9

## E

eerbaarheid  
 erf  
 erfdiensbaarheid  
 erfpacht (srecht)  
 erker  
 esthetisch aanzien  
 extra-commercialiteit

8  
 1, 9, 62-64, 69, 74, 78-80, 81, 82, 85, 88,  
 89, 91, 92, 93, 102, 130, 142  
 2, 41, 42, 92-97, 101-103  
 54, 92, 124  
 49  
 70, 99  
 131

## F

feest  
 feitelijk openbaar  
 freies Ermessen  
 functie

20, 61  
 14, 119, 130  
 121  
 31, 44, 47-62, 63, 64, 67, 81, 92, 96, 97,  
 99, 100, 102, 140

## G

gebouw  
 gebrek in (van) de weg, in het wegdek  
 gebruik  
 gebruiker  
 gebruiksbepaling  
 gedeeltelijk buiten den handel  
 gedogen  
 gelijke-voet(-criterium)  
 gemeentelijke diensten  
 gemeente(lijke) verordening  
 gemeentewet  
 gemene weg  
 genot  
 geslotenverklaring  
 grensafscheiding  
 Grondwet

68, 79, 80, 84, 110, 111, 123  
 104, 112, 116, 119-125  
 30-62, 81, 93  
 30-62, 65, 81, 92, 93, 97, 100, 137  
 63  
 13  
 16, 37, 51, 99  
 116, 117, 120, 123, 145  
 49  
 9, 42, 55, 61, 103, 127, 135, 139  
 13, 15, 16, 23, 27, 29, 49, 51, 60, 61, 72,  
 115, 134, 139  
 9, 130  
 49-51  
 94, 95, 136  
 90  
 33, 139

## H

heter daad  
 hinder  
 huurder  
 hijsbalk

116, 117  
 81, 89  
 60, 101  
 50

## I

instandhouding van de weg  
 instructienorm  
 interdict

19, 20-30, 40, 45, 66, 96, 100, 105, 107,  
 108, 110  
 113-116  
 84, 85

interpretatie	7, 46, 49, 51, 64, 77
interpretatieve wet	8
itineraria publica	12, 84
ius publicum	12, 22, 48, 101

## J

Jachtwet	141
----------	-----

## K

kabel	46, 50, 52-54
kermis(terrein)	1, 39, 61
Keurenwet	27
kostenverhaal	27-29
kunstwerk	10

## L

last van openbare weg	4, 77, 89
legger, wegen—	5, 12, 21, 27, 41, 109, 115, 119, 128, 129, 145
leiding	46, 52-54
limitatieve opsomming	6
Locaalspoor- en tramwegwet	128
luifel	1, 52, 54

## M

markt	39, 61
misbruik van (eigendoms)recht	67, 71
model-bouwverordening	72
monopoliseren	8
motel	47, 55
Motor- en Rijwielreglement	25

## N

non-usus	17, 102
normaal gebruik	zie algemeen gebruik
nutsvoorzieningen	54

## O

object van overheidszorg	3, 8
occupatie	75, 76, 142
octrooi tot tolheffing	43
om niet	43
onderhoud	18-24, 44, 46, 72-76, 88, 106, 107, 115-120, 124, 125
onderhoudsplicht	21, 27, 106-111, 119, 145
onderhoudsplichtige	2, 19, 24-29, 36-38, 43, 44, 45, 46, 47, 60, 64, 73, 105, 106-111, 112-123, 125, 128, 135, 137, 144, 146
onrechtmatige daad	22, 32, 93, 94, 105, 107, 108, 112, 114, 118, 133, 144
onrechtmatige overheidsdaad	113, 116
onteigening	65, 66, 74, 95, 102, 108

Onteigeningswet	74, 80, 101, 113
onthefing	3, 51, 65-68, 101-103, 116, 137
ontstaansgronden van(voor) openbaarheid	5, 6, 7, 14
onttrekking aan het openbaar verkeer	10, 17, 28, 40-42, 94
ontzandingswerkzaamheden	25
onus publicum	4, 127
opdooi	122
open aanhorigheid	9, 55
openbaar lichaam	19, 22-28, 37, 76
openbaar nut	22, 45-47, 52, 68
openbaar verkeer	9, 37, 45, 46
openbaar water, -vaarwater	3, 15, 31, 55-59, 80, 84, 88, 142
openbare gezondheid	9
openbare orde	43, 51
openbare zedelijkheid	43
opern novi nuntiatio	83, 84
openstaan voor het openbaar verkeer	9, 10, 14, 43
opheffen van openbaarheid	40, 42, 95, 97, 98, 139
ops pattende stenen	121
opstal	53, 99, 123, 125, 127
optocht	1
Organiek Besluit Rijkswaterstaat	23
overdracht van beheer en onderhoud	73
overhangende takken	82
overnemen van wegen	75
overweg, -pad	41, 94, 96, 97

## P

pachter	101
parate executie	27
parkeerexcessen	62
parkeren	1, 62
passage	1, 54
plantrecht	101
point d'intérêt, point d'action	42
politie	18, 23, 24
politiedwang	26-30, 40, 109, 135
praatpalen	47, 52, 54
precario(recht)	51, 60, 72, 140
preventief handelen	30
profijt(beginsel)	53-55, 59-62
Provinciale wet	18
provinciale wegenreglementen	18, 21, 25, 29, 40, 54, 61, 63, 65, 66, 101-103, 135, 137, 139
Provinciewet	18, 23, 28
publiek domein	2, 3, 56, 64, 83-85, 88, 108
publieke bestemming	12-14, 48, 49, 55, 57, 59, 61, 62, 69, 71, 91, 102, 108
publiekrechtelijk(e) lichaam/rechtspersoon	4, 7, 76, 105, 106, 113, 115

## R

Raststatte	47
rechtmatigheid	21, 39, 40
rechtsgang	39, 40, 42
rechtsgelykheid	49
rechtsplicht	37, 39, 112, 115, 118

rechtstelsel	33
rechtsvermoeden	75, 76, 145
rechtszekerheid	49, 76
Reflexrecht	34-37
registergoed	75, 76
register(stelsel)	75, 76
Reglement verkeersregels en verkeerstekens	1, 14, 18-20, 23-27, 38, 39, 47, 62, 97-99, 116, 121-123, 127, 133, 135, 138, 146
relativiteitsleer	113, 116
repressief optreden	30
res extra commercium	131
res extra patrimonium	131
res in commercio	131
res publicae	12
res publicae in usu publico	12, 131
res quarum commercium non sit	12, 131
res sacrae et religiosae	131
retributie	43, 51, 61, 138
riool	46, 52, 53
rioolwater	55-57, 107, 108, 139
risico(-aansprakelijkheid)	118, 123-125, 146
Ruilverkavelingswet	5-8, 10, 14
rijbewijs	42, 61
rijkswaterstaat	23
Rijkswegenreglement	18, 23, 25, 29, 54, 61, 63, 65, 66, 103, 134-137, 139
Rijtijdenbesluit	10
Rijtijdenwet	10
rijwielpad	22
<b>S</b>	
Sachen in Gemeingebrauch	14, 34-36, 133
schade	2, 27, 29, 47, 74, 84, 89, 94, 104-125
schadeloosstelling	66, 101, 102
schadevergoeding	47, 49, 53, 63, 65, 67, 74, 111, 113, 144
schorsende werking	102
schuld (—aansprakelijkheid)	107, 111, 124
Schutznormleer	114
servicestation	47, 54
servituut	zie erfdienstbaarheid
slecht wegdek	121
slipgevaar	121
speelstraat	1
spoorweg	4
Spoorwegwet	128
status aktiver Zivitat (activus)	34
civitatis	34
libertatis	34
negativus	34, 136
positivus	34
subjectionis	34
steile helling	121
stipulatio	84
straatverlichting	122
subjectief publiekrecht	32-36, 93
subjectief recht	31-33, 36, 65, 93, 97, 112, 118, 136



## T

taalgebruik (spraakgebruik)	4-8, 10, 15, 23, 79, 80, 88, 89, 91, 92
taalwet	8
taptoe	39
telefooncel	47, 52, 54
teleologische interpretatie	122
tenietdoen van openbaarheid	111
tenietgaan van openbaarheid	11, 17
tentoonstelling	20, 61
terras	1, 55
titel	76
toegang tot de weg	9, 62
toegankelijk(heid)	5-7, 10, 11, 17, 128
toetsing marginaal	69, 71, 89, 122, 123
volledig	123
tol(weg)	21, 43, 138
tolheffing	43
traditie	74, 75
tram(weg)	4, 38, 137
Tramwegreglement	130
trolleybus	38
tunnel	4, 110, 131
tijdsverloop	5, 6

## U

utholling overdwars	121
uitlopen, —stromen van water op de weg	9, 54, 80, 81, 84
uitoefening van rechten	13
uitvoering van werken	44, 122
uitweg	1, 42, 44, 46, 59, 60, 62-68, 92, 101-103, 105
uitrit	63
uitzicht	81, 92

## V

vallen van vruchten op de weg	84
veekeuring	39, 61
veiligheid van de weg	19, 20-30, 40, 45, 47, 66, 96, 100, 105, 107, 108, 110
veiligheid van het verkeer op de weg	19, 23, 47, 98, 121, 135
venten	42
verantwoordelijkheid naar buiten	114
vergunning	3, 9, 25, 29, 36, 42, 45, 50, 51, 54, 60, 61, 63, 68, 72, 139, 140
verhaalsrecht	111, 121
verharde weg	111, 123, 124, 127
verhuren	1, 2, 58, 59
verjaring	2, 5, 6, 13, 17, 72-77, 102, 128, 142
verkeersbaan, —weg	4, 30, 44, 48, 57, 78, 91, 98, 100
verkeersbelang	20, 30, 39, 56, 98, 101
verkeersborden	23, 44, 65, 99, 116, 122
verkeersdoeleinden	3, 38, 49, 50, 57
verkeerslichten	23, 47, 104, 121, 122
verkeersmaatregelen	19, 20, 23, 27, 38, 39, 42, 121, 122, 139
verkeersrecht	2, 19, 20, 30, 38
verkeerstekens	18, 23, 24, 26, 39, 47, 121, 122

<b>Verkeerswet tegen lintbebouwing</b>	18, 64, 65, 66, 71, 76, 101-103, 127, 134, 140
<b>verkregen recht</b>	101, 103
<b>vermakelijkheidsbelasting</b>	40
<b>vermoeden van recht (eigendom)</b>	75, 76
<b>versperring</b>	28, 29, 129
<b>verstrekken van alcoholhoudende drank</b>	9, 54
<b>vertegenwoordiger, -ging</b>	105
<b>viaduct</b>	4, 110
<b>voetgangersdomein</b>	1
<b>(voet)pad</b>	22, 93
<b>volledig(e) bewijs(kracht)</b>	109, 115
<b>voor het openbaar verkeer openstaande weg</b>	9, 10, 16, 38, 43, 99, 100, 119, 124, 131
<b>vrijheid van het verkeer</b>	19, 66, 121, 135
<b>vrijheid van de weg</b>	19, 20-30, 40, 45, 66, 96, 100, 105-108, 110

## W

<b>waarborg</b>	17, 20, 39, 98, 115
<b>waarborgnorm</b>	113-116, 121
<b>waarschuwbord, -teken</b>	122, 123, 146, 147
<b>water(verkeers)weg</b>	8, 20, 56, 57
<b>waterkerende dijk</b>	24
<b>waterstaatsrecht</b>	2, 8, 11, 20-24, 46, 63, 124
<b>waterstaatswerk</b>	8, 14, 17, 18, 20, 21, 23, 25, 45, 61, 63, 65, 66, 70, 104, 108, 109, 133, 134
<b>Waterstaatswet 1900</b>	14, 17, 18, 20, 22, 23, 27, 134
<b>wederopzegging</b>	7, 8
<b>wedstrijd</b>	1, 40, 134
<b>wegenrecht</b>	2, 11, 17, 108
<b>wegenverkeersrecht</b>	19
<b>Wegenverkeersreglement (WVR)</b>	14, 26, 94, 95, 97, 135
<b>Wegenverkeerswet</b>	14, 27, 127, 129, 130, 133-137
<b>weggebruiker</b>	19, 26, 38, 44, 45, 64, 93, 104, 107, 112, 118, 121
<b>weg op verhoogd niveau</b>	4, 110
<b>wegrestaurant</b>	54
<b>wegversmalling</b>	121
<b>Wet algemene bepalingen</b>	129
<b>Wet Autovervoer Goederen</b>	42
<b>Wet Autovervoer Personen</b>	42, 61
<b>Wetboek van Strafrecht</b>	6-9, 28, 29, 80, 127, 129, 130, 137
<b>Wetboek van Strafvordering</b>	116, 117, 144
<b>Wet op de motorrijtuigenbelasting 1966</b>	139, 140
<b>Wet op de Ruimtelijke Ordening</b>	15, 63, 140
<b>Wet tot vaststelling van bepalingen</b>	
<b>betreffende 's Rijkswaterstaatswerken</b>	18, 135
<b>wettelijke plicht</b>	119, 120
<b>Wet Uitkeringen Wegen</b>	140
<b>winkelstraat</b>	1, 48, 52, 54, 63
<b>woonerf</b>	1
<b>woonstraat</b>	48, 52, 54, 63, 102, 140

## Z

<b>zakelijk recht van openbare weg</b>	4
<b>zaken buiten de(n) handel</b>	12, 13, 77, 131
<b>zorgvuldigheidsnorm</b>	107, 116-123

# curriculum vitae

Promovendus werd op 1 augustus 1938 geboren te Kerkrade.

Hij studeerde aan het klein seminarie van de paters O.C.D. te Geleen en daarna aan het Henric van Veldeke-college te Maastricht. Hier behaalde hij in 1960 het diploma gymnasium- $\alpha$ . In dit jaar begon hij aan de katholieke universiteit te Nijmegen de studie Nederlands recht, waarin hij op 10 december 1965 met goed gevolg doctoraal examen deed.

Na werkzaam te zijn geweest als ambtenaar in algemene dienst bij de gemeenten Waalwijk en Vught, werd hij per 1 oktober 1967 benoemd tot burgemeester, tevens secretaris, van de gemeente Nieuw Vossemeer. Sinds 16 januari 1972 is hij burgemeester van de gemeente Cuijk en Sint Agatha.

# stellingen

1. De uitdrukking 'kwetsing of verminking van eenig deel des ligchaams' in artikel 1407 B.W. ware niet louter in fysieke, maar ook in psychische zin te verstaan, zodat in dit geval eveneens vergoeding van immateriële schade mogelijk is.
2. Het is wenselijk dat de van verschillende zijden bepleite afschaffing van de legitieme portie spoedig een feit wordt.
3. In plaats van artikel 47 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zou er een algemene bepaling moeten zijn, dat de rechter uitspraak dient te doen binnen twee maanden nadat hij zich de stukken heeft doen overgeven.
4. De leer, berustende op constante strafrechtelijke jurisprudentie, dat onder 'weg' in de Wegenverkeerswet alleen verstaan kan worden een op het grondgebied van het Rijk in Europa gelegen weg, leidt tot onaanvaardbare consequenties en is daarom verwerpelijk.
5. Het is gewenst, dat opsporingsambtenaren door de Officier van Justitie in kennis gesteld worden van de gang van zaken van door hen opgemaakte processen-verbaal.
6. De in wetten tot wijziging van gemeentegrenzen voorkomende bepaling, dat alle rechten en bezittingen welke betrekking hebben op of gelegen zijn in het overgaand gebied op de datum van grenswijziging overgaan op de gemeente aan welke dit gebied wordt toegevoegd, is in strijd met artikel 165 Grondwet en artikel 1 van het eerste Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.
7. Het bepaalde in artikel 55 gemeentewet dat een voorstel geacht wordt te zijn aangenomen, indien door geen der raadsleden stemming wordt gevraagd bij het nemen van een besluit over een zaak impliceert niet, dat de voorzitter van de raad, niet-raadslid, de bevoegdheid zou missen stemming te vragen indien hij zulks nodig acht.





